



UNIANCHIETA

Revista de

DIREITO CÍVIL

ISSN 2596-2337

FICHA TÉCNICA

Revista de Direito Civil, ISSN 2596-2337, v. 4, n. 1, jan./jun. 2022

Capa: Cláudia Maria Pedro Ruiz Hespanha

Editoração e Diagramação: Gláucia Satsala

Revisão: Regiane Maria Pankoski

Editora: UNIANCHIETA

Prof. Carlos Roberto Juliano Longo

Diretor Acadêmico

Profa. Dra. Ana Carolina Antunes Naime

Coordenadora Geral de Graduação

Prof. Me. Elvis Brassaroto Aleixo

Coordenador do Curso de Direito

Prof. Ma. Juliana Caramigo Gennarini

Coordenadora-adjunta do Curso de Direito

Prof. Dr. Pietro Nardella-Dellova

Coordenador-Geral das Revistas Temáticas

FADIPA – UNIANCHIETA

Prof. Dr. Pietro Nardella-Dellova

Coordenador da Revista de Direito Civil

CONSELHO EDITORIAL

Profa. Dra. Ana Maria Motta Ribeiro (**UFF**)
Profa. Dra. Ana Paula Teixeira Delgado (**Escola da Magistratura do RJ**)
Prof. Dr. Antonio Carlos Morato (**USP**)
Profa. Dra. Carolina Pereira Lins Mesquita (**UFRJ**)
Prof. Dr. Claudio A. Soares Levada (*in memoriam*) (**TJSP**)
Prof. Dr. Claudio Ribeiro Lopes (**UFMS**)
Prof. Dr. Dalmir Lopes Junior (**UFF**)
Prof. Me. Elvis Brassaroto Aleixo (**FADIPA**)
Prof. Dr. Ênio José da Costa Brito (**PUC/SP**)
Prof. Dr. Ivan de Oliveira Durães (**GP CNPq Direito Civil Constitucional**)
Prof. Dr. José Antonio Callegari (**UFF**)
Prof. Dr. José Patrício Pereira Melo (**Universidade Regional do Cariri**)
Prof. Dr. Lúcio Picanço Facci (**UFF/UNESA, Procurador Federal**)
Profa. Dra. Luzia Batista de Oliveira Silva (**USF**)
Profa. Dra. Marcia Simoni Fernandes (**GP CNPq Direito Civil Constitucional**)
Prof. Dr. Marcus Fabiano Gonçalves (**UFF**)
Dr. Massimiliano Verde (**Accademia Napoletana**)
Prof. Dr. Mauro Alves de Araújo (**FADIPA**)
Profa. Dra. Myriam Benarrós (**GP CNPq Direito Civil Constitucional**)
Prof. Dr. Paulo R. Iotti Vecchiatti (**Ordem dos Advogados**)
Prof. Dr. Pietro Nardella Dellova (**GP CNPq Direito Civil Constitucional**)
Prof. Dr. Sidnei Agostinho Beneti (**Ministro-aposentado do STJ**)
Prof. Dr. Wagner de Oliveira (**Universidade Estadual de Santa Cruz**)
Prof. Dr. Wilson Madeira Filho (**UFF**)
Prof. Dr. Claudio A. Soares Levada (*in memoriam*) (**Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**)

ADVERTÊNCIA

Nossa **RDC - Revista de Direito Civil** tem publicação semestral e, como sói acontecer com nossa produção, tem, além dos fundamentos dogmáticos e técnicos, também caráter pluralista, com respeito às diversidades culturais, políticas e religiosas, reverência aos valores constitucionais consagrados na Constituição Federal de 1988, defesa inegociável do Estado de Direito, dos Direitos Humanos e Fundamentais, assim como atenção com os princípios do valor social do trabalho, da livre-iniciativa, função social da propriedade, atividade empresarial, cambial, financeira e econômica constitucionais, humanização das obrigações jurídicas, função social do contrato e fundamentos dos núcleos familiares e sucessórios. Não é demais dizer que a RDC aprecia a abordagem dogmática, assim como a zetética, com acento na construção ética, filosófica, histórica e socioantropológica dos Institutos tradicionais de Direito Privado (Empresarial e Civil).

Os textos aqui publicados, suas anotações bibliográficas, seus posicionamentos teóricos, dogmáticos, zetéticos, filosóficos, políticos, culturais e sociais, são de inteira responsabilidade de seus autores e coautores, não refletindo necessariamente o pensamento da Revista, da Coordenação ou da Instituição que a abriga e a pública.

Prof. Dr. Pietro Nardella-Dellova

SUMÁRIO

Apresentação.....	6
	<i>Pietro Nardella-Dellova</i>
Constitucionalização do Direito Civil: Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Privadas.....	08
	<i>João Francisco do Prado Marçura</i>
<i>Droit D'aubaine</i>: A Síntese da Propriedade em Pierre Proudhon e Pontes de Miranda.....	31
	<i>Pietro Nardella-Dellova</i>
A Lei Geral de Proteção de Dados e os Reflexos no Direito Brasileiro.....	38
	<i>Márcio Henrique Iotti</i>
O ECA, os Direitos Fundamentais do Adolescente e o Debate sobre Redução da Maioridade Penal.....	51
	<i>Marcos Bandeira</i>
Common Law, Civil Law e o Hipotético Caso da Mão Peluda no Brasil.....	66
	<i>Sergio Goldbaum</i> <i>Victor Nóbrega Luccas</i>
Direitos da Personalidade e os Impactos da Pandemia da Covid-19 nos Fluxos Imigratórios do Brasil.....	80
	<i>Laurie Tatiane de Freitas Bertoli</i> <i>Marcos De Lucca Fonseca</i> <i>Marissa Torqueto</i> <i>Pedro Henrique da Silva Bezerra</i> <i>Pietro Nardella-Dellova</i>

A Posse da Terra Urbana e suas Implicações na Preservação do Meio Ambiente e o Adequado uso do Solo Urbano – Um Estudo sobre as Áreas de Proteção Permanente e Utilização dos Espaços Urbanos de Forma Sustentável e as Políticas Públicas que podem ser Implementadas.....97

Renato Gumier Horschutz

Pietro Nardella-Dellova

Diritto Della Personalità, L'ideologia Lombrosiana ed il Femminismo Etnico in Italia.....112

Dott. Massimiliano Verde

A Comunidade de Direito a Partir das Relações Dialógicas e do Conceito de Bens.....128

Pietro Nardella-Dellova

O Rei e o Mandato Divino para Estabelecer a Justiça: sua Expressão nas Fontes de Direito Cuneiforme.....165

Felipe Epprecht Douverny

APRESENTAÇÃO

Prezados leitores, uma vez mais temos a grande alegria de apresentar mais uma edição da nossa RDC – REVISTA DE DIREITO CIVIL. Trata-se de trabalho árduo que conta, amiúde, com o esforço de vários funcionários que, desde a diagramação até a correção final, fazem um dos melhores trabalhos de edição.

Além disso, contamos, também, com vários Articulistas, Professores e Pesquisadores que, periodicamente, aceitam nosso convite e apresentam seus Artigos para a avaliação e a aprovação do nosso Conselho Editorial. Também eles, os Membros do Conselho, empenham-se semestralmente, a fim de não apenas receber os Artigos, mas também, valorizá-los, com leitura vertical, apresentar sugestões de conteúdo e forma e, assim, aprová-los para publicação.

Neste sentido, apresentamos o resultado de mais um trabalho. Dessarte, nossa atual edição traz um brilhante texto sobre o fenômeno da constitucionalização do Direito Civil em face da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Na sequência, fazemos uma visita a Proudhon e Pontes de Miranda, a fim de abordamos o direito de propriedade sob novos ângulos. Igualmente, não poderia faltar nessa oportunidade, um texto que trata da LGPD – Lei Geral de Proteção de Dados e seus reflexos no Direito brasileiro.

Sempre atual, apresentamos o Artigo que trata do ECA e dos direitos fundamentais do adolescente em uma sociedade cada vez mais punitivista. D’outro lado, poderemos estudar o caso da mão peluda (no Brasil) a partir de uma abordagem do Common Law e Civil Law.

Não menos importante, em trabalho fruto de pesquisa de Estudantes e Orientador, percorreremos os direitos da personalidade dos migrantes, sobretudo em face da pandemia da COVID-19.

Além disso, revisitaremos os institutos da Posse na terra urbana e a preservação do Meio Ambiente. Como contribuição ao estudo dos Direitos da Personalidade, veremos, como fonte comparativa, os desdobramentos lombrosiano sobre as mulheres italianas do sul da Itália que, aliás, foram de fundamental importância para a colonização brasileira.

Encerrando nossos Artigos da presente edição, apresentamos uma reflexão sobre a comunidade de bens e longo processo de busca e formação de uma comunidade mais justa, livre, solidária, a partir do encontro de instituições de justiça material. Além disso, vamos às fontes cuneiformes do Direito, a fim de compreender aspectos da justiça com o encontro do Ius e do Fas.

Finalmente, sentimo-nos honrados e satisfeitos com mais esta edição de nossa RDC e a certeza de estarmos prestando um serviço relevante para a Comunidade Jurídica em geral, formada

de estudantes, estudiosos, professores e professores-pesquisadores, assim como egressos, advogados, juízes, membros do MP, defensores públicos e demais interessados na riqueza multidisciplinar, interdisciplinar e pluridisciplinar que vem marcando nossa RDC.

Cordial abraço,

Prof. Dr. Pietro Nardella-Dellova
Coordenador da Revista de Direito Civil

CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL: EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS

João Francisco do Prado Marçura¹

RESUMO. Este artigo busca expor e explicar de forma crítica, objetiva e sucinta, o crescente fenômeno da constitucionalização do direito, notadamente do Direito Civil, e a questão da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares (*Drittwirkung*), tema de grande e talvez exagerada repercussão na doutrina nacional para, ao final, se defender uma autonomia do Direito Civil em face do Direito Constitucional e dos direitos fundamentais, sob pena de se perder a razão de sua própria existência e do porquê estudá-lo. Assim, o Direito Civil Contemporâneo, que vem se desenvolvendo desde a Roma Antiga, e que sempre foi competente por integrar e regular os fenômenos históricos-sociais, com objetivo de desenvolvimento social, sofre, nos dias atuais, uma enorme crítica a partir de uma doutrina substancialista presente no chamado Direito Civil Constitucional e merece, portanto, uma chance justa de se reerguer autonomamente enquanto um dos mais importantes e antigos ramos do direito.

Palavras-chave: Direito civil. Direitos fundamentais. Constitucionalização. Eficácia

ABSTRACT This article seeks to critically, objectively and succinctly expose and explain the growing phenomenon of the constitutionalization of law, especially Civil Law, and the issue of the effectiveness of fundamental rights in relations between individuals (*Drittwirkung*), a topic of great and perhaps exaggerated repercussion in the

national doctrine to, in the end, defend an autonomy of Civil Law in the face of Constitutional Law and fundamental rights, under penalty of losing the reason for its own existence and why to study it. Thus, Contemporary Civil Law, which has been developing since Ancient Rome, and which has always been competent to integrate and regulate social-historical phenomena, with the objective of social development, currently suffers an enormous criticism from a substantialist doctrine present in the so-called Civil Constitutional Law and deserves, therefore, a fair chance to stand up autonomously as one of the most important and ancient branches of law.

Keywords: Civil Law. Fundamental Rights. Constitutionalization. Effect.

Introdução

A temática deste artigo encontra-se nas esferas de discussão do direito, em caráter geral, na esfera do Direito Constitucional, no tocante ao fenômeno da constitucionalização e, particularmente, no âmbito do Direito Civil, no que tange ao fenômeno da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas e, também, da Constitucionalização do Direito Civil, temas que serão aqui tratados.

O artigo buscou mostrar e explicar de forma crítica, objetiva e sucinta, o crescente fenômeno da constitucionalização do direito, notadamente do direito civil, e a questão da eficácia dos direitos fundamentais nas

¹ Advogado, mestre em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

relações entre particulares – *Drittwirkung* -, tema que deve ser objeto de estudo criterioso, pois pode ocasionar uma dissociação do sistema jurídico atual e a perda da autonomia epistemológica do Direito Civil contemporâneo, gerando não apenas problemas jurídicos, mas também, e principalmente, sociais.

Portanto, buscou-se no desenvolver deste artigo apresentar uma breve concepção do Direito Civil contemporâneo a partir de sua evolução histórica, para então defini-lo como ramo autônomo frente aos outros ramos do direito e integrá-lo no âmbito da distinção dicotômica Direito Público x Direito Privado. Em seguida, abordou-se de maneira mais criteriosa o fenômeno da constitucionalização do Direito Civil, seguindo a classificação feita por Otávio Luiz Rodrigues Junior em sua tese de livre docência², para que se pudesse, na sequência, expor o tema da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, caminho este que possibilitou tecer breves considerações, a fim de defender uma autonomia do Direito Civil em face do

Direito Constitucional e dos direitos fundamentais.

1. Direito Civil Contemporâneo

Antes de abordarmos a questão da constitucionalização do direito, da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, ou ainda, a questão de identidade e autonomia epistemológica do Direito Civil, necessária se faz uma breve análise a respeito do nascimento e da evolução da moderna metódica do Direito Civil, para podermos nos situar melhor a respeito do tema deste trabalho.

1.1 Nascimento e evolução histórica da moderna metódica do direito civil

Antigamente, o Direito Civil não era compreendido apenas como “[...] o direito dos particulares, mas aquele que assegurava um conjunto de liberdades civis no âmbito da propriedade, da autonomia privada e da família”³ assumindo, dessa forma, “parcialmente o papel dos direitos fundamentais”⁴ ou ainda, nas palavras de

² RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. **Distinção sistemática e autonomia epistemológica do direito civil contemporâneo em face da constituição**. 2017. 682 f. Tese (Livre-Docência em Direito Civil) Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017

³ Ibid., p. 34.

⁴ HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. 1959. Disponível em:

https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4147570/mod_resource/content/0/A%20Forca%20Normativa%20da%20Constituicao%20-%20Hesse.pdf. Acesso em: 17 outubro 2021 p. 10-12 apud RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. **Distinção sistemática e autonomia epistemológica do direito civil contemporâneo em face da constituição...** p. 34.

Miguel Reale, atuava como verdadeira Constituição do homem comum.⁵

Além desse fator histórico notório, é certo também dizer que o Direito Civil desenvolveu, desde o século XIX, sua própria metódica⁶, a qual foi, com o passar do tempo, assimilada, absorvida e incorporada ou usada como modelo estrutural para o desenvolvimento das outras disciplinas.⁷

Tomando-se o século XIX como marco histórico, o papel pioneiro de desenvolvimento metódico da disciplina originou-se no Direito Civil Alemão, podendo-se atribuir à Escola Histórica do Direito grandes méritos por tal feito.

Assim, é a partir dos trabalhos de Savigny, notadamente em sua obra *Sistema de Direito Romano Atual*, sendo ele venerador do Direito Romano em uma época de embate entre romanistas e germanistas⁸ e maior expoente da Escola Histórica, que se

iniciou um processo de influência de toda a literatura jurídica do século XIX, tendo, portanto, seus trabalhos, enorme relevância para a formação da moderna dogmática do direito privado e da moderna metódica do Direito, que acabou por se irradiar para outros países com o decorrer do tempo.⁹

Ainda, no que diz respeito ao final do século XIX, é importante mencionar o processo de transferência dos métodos e modelos jurídicos da Escola Pandectista¹⁰ para o Direito Público, não sendo tal processo tão perceptível nas constituições ou nas leis, mas sim no pensamento dos juristas da época.¹¹

Já com a chegada do século XX, pontos sensíveis para compreender-se os contornos do Direito Civil contemporâneo e o fenômeno da constitucionalização e da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas são: I) a Constituição de

⁵ REALE, Miguel. **Visão geral do projeto de código civil**. [19--]. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3464464/mod_resource/content/1/O%20novo%20C3%B3digo%20Civil%20-%20Miguel%20Reale.pdf>. Acesso em: 17 de outubro de 2021.

⁶ Aqui entendida como procedimento, método de investigação, formação e transmissão do objeto estudado.

⁷ HAGER, Günter. *Von der Konstitutionalisierung des Zivilrechts zur Zivilisierung der Konstitutionalisierung*. Jus: Juristische Schulung, n. 9, p. 769-775, 2006 apud RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Distinção sistemática e autonomia epistemológica do direito civil contemporâneo em face da constituição...** p. 33.

⁸ A título de curiosidade, os germanistas seriam aqueles que estudavam o direito germânico – *Volksrechte* - e os costumes medievais alemães,

buscando uma expressão de união e comunidade, anti-individualista, mais afeito às tradições genuínas da Alemanha, ao passo que se fazia uma associação do romanismo com uma visão anti-social do Direito.

⁹ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Distinção sistemática e autonomia epistemológica do direito civil contemporâneo em face da constituição...** p. 35-39.

¹⁰ Defensora do Juspositivismo – Romanistas, Estudo do Corpus Iuris Civilis, segunda parte, Livro das Pandectas – rejeição das doutrinas jusnaturalistas, valorização dos costumes jurídicos criados pela tradição.

¹¹ HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição...** p. 12 apud RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Distinção sistemática e autonomia epistemológica do direito civil contemporâneo em face da constituição...** p. 34.

Weimar¹² (1919-1933), na qual os direitos fundamentais passaram a trazer a ideia de direito subjetivo, bem como passaram a formar um sistema de valores, superando a ideia de mera declaração de princípios; II) O julgamento do caso Lüth, na Alemanha, que foi “[...] o divisor de águas no processo de deslocamento de forças do Direito Privado para o Direito Público.”¹³, o qual será melhor abordado no item 4.2 deste artigo.

Contudo, embora as linhas gerais do estado da democracia social tenham sido traçadas a partir da Constituição Mexicana de 1917 e pela Constituição de Weimar de 1919, é na Alemanha, em especial a partir de 1930, com a chegada do nacional-socialismo, que ocorre novamente uma mudança no que tange à metódica do direito. A partir de então, as posições acadêmicas, antes muito bem recepcionadas, de Savigny e Windscheid acabam perdendo prestígio político-universitário, passando a valorizar-se novos juristas, tais como Karl Larenz e Franz Wieacker.¹⁴

É Karl Larenz, com sua obra traduzida para o português, *Metodologia da Ciência do Direito - Methodenlehre der Rechtswissenschaft* - o responsável por formar uma das bases de compreensão sistemática do Direito do século XX e, conseqüentemente,

[...] é um dos principais responsáveis pela divulgação e disseminação das cláusulas gerais na literatura jurídica do segundo pós-guerra. Sua influência, no Brasil, por exemplo, foi determinante para a “entrada” das cláusulas gerais no Direito Civil e sua posterior vulgarização junto à grande doutrina e à jurisprudência.¹⁵

Na obra de Larenz, “[...] é visível a preocupação com a sociedade, o personalismo ético-kantiano e com o controle da autonomia privada”¹⁶; portanto, trata-se de um discurso crítico à metódica do Direito Civil do século XIX.

No que diz respeito a Franz Wieacker, este foi um historiador do Direito Privado alemão, que com sua obra traduzida para o português “História do Direito Privado” também “[...] contribuiu para enfraquecer a influência de Savigny e

¹² Produto da Grande Guerra (IGM 1914-1918) - Ocorre o renascimento do interesse pelo jusnaturalismo, movimento contrário ao positivismo jurídico, repulsa às atividades legislativas do pós-guerra que transformaram a lei em mero produto a fim de superar crises econômicas e sociais; legislação deixa de ser confiável, surge um catálogo de direitos fundamentais que passa a ser considerado como um sistema de valores acima do direito positivo.

¹³ HAGER, Günter. *Von der Konstitutionalisierung des Zivilrechts zur Zivilisierung der Konstitutionalisierung...* apud

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Distinção sistemática e autonomia epistemológica do direito civil contemporâneo em face da constituição...** p. 35.

¹⁴ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Distinção sistemática e autonomia epistemológica do direito civil contemporâneo em face da constituição...** p. 41-42.

¹⁵ Ibid., p. 42.

¹⁶ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Distinção sistemática e autonomia epistemológica do direito civil contemporâneo em face da constituição...** p. 41-42

Windscheid e abrir uma justificativa para a legitimação do novo discurso metódico desenvolvido por Larenz”¹⁷. É considerado por Reinhard Zimmermann, como o criador de um objeto epistemológico próprio para a História do Direito.¹⁸

Em última análise do século XX, ainda no contexto histórico da Alemanha do segundo pós-guerra, destaca-se o papel central dos teóricos do Direito, também conhecidos como publicistas, na construção da doutrina da eficácia dos direitos fundamentais em relação aos particulares, capítulo importante da teoria dos direitos fundamentais. Podemos citar como exemplos desses pensadores, Konrad Hesse, Robert Alexy e Günter Düring.¹⁹

Tratando-se agora do século XXI, ponto notável de ser abordado para o desenvolvimento do objeto deste artigo é a chamada corrente doutrinária do Direito Civil Constitucional, segundo a qual estaríamos frente a uma nova realidade jurídico-social, qual seja, a do enfraquecimento da autonomia epistemológica do Direito Civil, a partir de uma suposta constatação de dependência do Direito Civil em relação ao Direito Constitucional, justificando-se tal

dependência pelo uso exacerbado de princípios, de direitos fundamentais e de cláusulas gerais como fatores de correção do direito ordinário, realidade que é fortalecida a partir da ideia de que as normas constitucionais teriam caráter transformador, constituindo assim fundamento, conjunto de toda a disciplina infraconstitucional e, por consequência, do Direito Privado.

Com essa “tempestade hermenêutica”, que permitiria uma dissociação do sistema de Direito Privado a partir de sua “constitucionalização”, é provável que passemos para uma moderna metódica do Direito Civil potencialmente lesiva a sua independência e ao seu estatuto epistemológico.²⁰

Assim, diante dessa possível crise da autonomia epistemológica do Direito Civil Contemporâneo no Brasil, precisamos conhecer três questões essenciais para nos localizarmos melhor no âmbito do sistema jurídico brasileiro contemporâneo. São elas: (i) se permanece válida e operacional a dicotomia Direito Público x Direito Privado; (ii) qual o conceito e o sentido da constitucionalização do Direito Civil; e (iii)

¹⁷ Ibid., p. 45.

¹⁸ ZIMMERMANN, Reinhard. *Juristische Bücher des Jhars* – Eine Leseempfehlung. NJW, vol. 60, p. 3332-3338 apud RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Distinção sistemática e autonomia epistemológica do direito civil contemporâneo em face da constituição...** p. 46.

¹⁹ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Distinção sistemática e autonomia epistemológica do direito civil contemporâneo em face da constituição...** p. 51.

²⁰ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Distinção sistemática e autonomia epistemológica do direito civil contemporâneo em face da constituição...** p. 51.

como e em que medida as relações privadas se vinculam aos direitos fundamentais.²¹

2. Dicotomia Direito Público x Direito Privado

A passagem por este tópico tem sua relevância devido a necessidade de se mostrar a validade e operacionalidade da divisão dicotômica, a fim de posicionar e delimitar o Direito Civil Contemporâneo dentro do sistema jurídico brasileiro, mostrando sua real existência e plena operabilidade.

2.1 Origens romanas

O marco fundante da dicotomia Direito Público x Direito Privado é encontrado por muitos doutrinadores a partir de uma tradição romanista, especificamente, no fragmento de Ulpiano (Dig. I, 1, 1, 2), segundo o qual direito público seria aquele que se volta ao interesse do Estado Romano e direito privado, o que se refere ao interesse dos particulares. Há um critério distintivo baseado na ideia de *utilitas*, que poderia ser equiparável ao conceito moderno de interesse, necessidade. Sendo assim, conforme José Carlos Moreira Alves, por haver uma certa objeção irrespondível, qual

seja, o que interessa ao Estado também é interesse de seus cidadãos, sendo a recíproca verdadeira, entende-se que a divisão criada por Ulpiano seria fundada a partir da função imediata da norma jurídica; “[...] as que interessam imediatamente ao Estado e apenas mediadamente aos cidadãos se enquadram no *ius publicum*; caso contrário, no *ius privatum*.”²²

2.2 Concepção positivista

Quando pensamos em positivismo jurídico, nos vem em mente a figura do jurista austro-húngaro Hans Kelsen. Aqui, o que devemos saber para o assunto abordado no item 2, qual seja, a dicotomia Direito Público x Direito Privado, é que “[...] nenhum outro autor contribuiu tanto para o fim da distinção entre Direito Público e Direito Privado quanto Hans-Kelsen”²³. Este autor, em sua tese de livre docência intitulada *Principais Problemas da Teoria do Direito Público*, apresentada à Universidade de Viena em 1911, buscou desconstruir essa distinção específica, pois, segundo ele, haveria uma “única Teoria Geral do Direito” e “conceitos, jurídicos básicos uniformes, que são comuns a todas as áreas do Direito e para todas elas construídas, debaixo dos mesmos princípios

²¹ Ibid., 2017, op. cit.

²² ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v.1. p. 79-80.

²³ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Distinção sistemática e autonomia epistemológica do direito civil contemporâneo em face da constituição...** p. 94.

metodológicos”²⁴. Assim, defendia o reconhecimento de uma unidade metodológica para toda a ciência jurídica, não se distinguindo metodologias específicas para o Direito Público e para o Direito Privado.

Portanto, sustentar a ideia, que tem renascido ultimamente, da inexistência de metodologias próprias de cada ramo do direito, no caso do Direito Civil, é aceitar uma teoria geral do direito e conceitos jurídicos básicos e uniformes que seriam comuns a todas as áreas do Direito, uma vez que derivariam de uma única e exclusiva metodologia.²⁵ Assim, tal posicionamento hermenêutico nada mais seria do que uma volta a um desdobramento da teoria positivista de Kelsen, e não uma renovação do sistema jurídico a partir de novas teorias.

2.3 Visão da doutrina civilista nacional

No Brasil, desde o século XIX até 1988, encontramos uma nítida distinção entre

o Direito Público e o Direito Privado. Sendo assim, era praticamente uniforme a adesão à tese da dicotomia.²⁶ Vale ressaltar que foi Eduardo Espínola um dos juristas que tratou com mais profundidade o tema.²⁷

Orlando Gomes, em sua obra *Introdução ao Direito Civil*, admite existente e válida a dicotomia, embora teça algumas críticas e alerte que “[...] a oposição entre as duas formas não deve ser radicalizada”, uma vez que, “[...] a questão não consiste em estabelecer o primado de um sobre o outro.”²⁸

Ainda, obras tradicionais da cultura jurídica brasileira, as quais são atualizadas até os dias de hoje, como dos professores Caio Mario da Silva Pereira, Silvio Rodrigues e Washington de Barros Monteiro, também posicionam-se no sentido de ser válida a dicotomia.²⁹

Caio Mario da Silva Pereira diz que não haveria uma “[...] separação total e absoluta das normas públicas e das normas privadas”³⁰ e que elas se comunicariam com frequência. Defende que o Direito Público

²⁴ KELSEN. *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*. 1. Auflage. Tübingen: Mohr, 1911. apud. RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Distinção sistemática e autonomia epistemológica do direito civil contemporâneo em face da constituição...** p. 96.

²⁵ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Distinção sistemática e autonomia epistemológica do direito civil contemporâneo em face da constituição...** p. 96.

²⁶ *Ibid.*, p. 169.

²⁷ ESPÍNOLA, Eduardo. **Sistema do direito civil brasileiro**: introdução e parte geral. 3 ed.

Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1938. p. 59 – 69.

²⁸ GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. rev. ampl. e atual. por Humberto Theodoro Júnior. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 13-14.

²⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: introdução ao direito civil. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. v.1, p. 11-14; RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**: parte geral. 20 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1989. v.1, p. 6-8; MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**: parte geral. 41 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v.1, p. 8-11.

³⁰ *Ibid.*, 1995, p. 11.

seria aquele que tem “[...] por finalidade regular as relações do Estado com outro Estado, ou as do Estado com seus súditos”, “em razão do poder soberano”, atuando “na tutela do bem coletivo”, enquanto o Direito Privado disciplinaria “[...] as relações entre pessoas singulares, nas quais predominam imediatamente interesses de ordem particular.”³¹

Já a partir de 1988, com a promulgação da Constituição Federal, muito embora constatada uma mudança de paradigma, do individual para o social, grande parte dos cursos de Direito Civil continuam a validar a Dicotomia Direito Público x Direito Privado. Como exemplo, podemos citar Rubens Limongi França.³²

Por fim, deve-se dizer que há também exceções na doutrina brasileira, as quais deixam de se referir à dicotomia Direito Público x Direito Privado, declarando-a mitigada, ou ainda, dizendo que essa teria desaparecido frente ao fenômeno da constitucionalização do Direito Civil. Neste pensar, podemos citar Luiz Edson Fachin.³³

2.4 Objeções e fundamentos para a manutenção da dicotomia

³¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: introdução ao direito civil. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. v.1, p. 13.

³² FRANÇA, R. Limongi. **Instituições de direito civil**: todo direito civil num só volume. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 8.

³³ FACHIN, Luiz Edson. **questões do direito civil contemporâneo** Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 3-20.

No que diz respeito aos espaços típicos do Direito Privado e do Direito Civil, devem ser “[...] consideradas as fronteiras desenhadas pelos códigos oitocentistas e pelas codificações tardias”³⁴, uma vez que, com as mudanças trazidas pela sociedade pós-moderna, “[...] não houve ampliação dos espaços normativos, e sim uma dilatação ou transformação das hipóteses fáticas”³⁵, anteriormente abrangidas pelas regras de Direito Privado.

Sendo assim, o Direito Civil, a partir da sua tradição histórico-romanística e de sua condição de produto da cultura e do humanismo, tem a capacidade para se adaptar à sociedade pós-moderna e oferecer soluções aos novos problemas sociais com base em institutos nem tão modernos assim, que acabam, frequentemente, sendo esquecidos por correntes doutrinárias e pelo aplicador do direito, em virtude da valorização excessiva do fenômeno da constitucionalização do direito.³⁶

Logo, a recondução do Direito aos princípios constitucionais não é suficiente para esmaecer a dicotomia Direito Público x Direito Privado; e mais, como as normas de

³⁴ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Distinção sistemática e autonomia epistemológica do direito civil contemporâneo em face da constituição...** p. 222.

³⁵ Ibid., 2017, op. cit.

³⁶ ZIMMERMANN, Reinhard. Direito romano e cultura jurídica europeia. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, v. 7, p. 243-278, abr.-jun. 2016.

direito fundamentais foram criadas *a priori* como proteção aos indivíduos contra os excessos do Estado, tendo caráter amplo, sua interpretação e aplicação excessiva, e em todos os sentidos no âmbito do sistema jurídico, poderá tender para uma possível arbitrariedade potencialmente perigosa para a liberdade intrínseca, bem como para uma dissociação equivocada do sistema de Direito Privado.³⁷

3. Constitucionalização do Direito Civil

Definidos os contornos do Direito Civil contemporâneo, analisar-se-á agora o fenômeno da constitucionalização, notadamente a constitucionalização do Direito Civil.

É necessário mencionar, inicialmente, que não há um consenso na conceituação desse fenômeno no sistema jurídico brasileiro. Portanto, dada a fluidez conceitual e contextual com que se apresenta, e a falta de acordos semânticos sobre o que ela é, para a elaboração deste item foi utilizada a mesma estrutura presente na obra de Otávio Luiz Rodrigues Junior.³⁸

Assim, a partir de uma definição negativa - o que não é constitucionalização -, pretende-se chegar ao conceito e contexto ou

aos possíveis conceitos e contextos da constitucionalização do direito, particularmente do Direito Civil para, ao final, no item 4 deste artigo, abordar-se a questão da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, decorrência lógica desse fenômeno.

3.1 O que não é constitucionalização do Direito Civil

3.1.1 Constitucionalização como reinterpretação da norma ordinária a partir da Constituição

Não podemos dizer que o fenômeno da constitucionalização seria uma mera reinterpretação da norma ordinária a partir do texto constitucional, uma vez que, “[...] o princípio da supremacia hierárquica da Constituição, ao menos desde a República, é indiscutível no Brasil.”³⁹. Tal princípio nunca foi negado no âmbito da doutrina civilista.

Sendo assim, essa hermenêutica não constitui o fenômeno da constitucionalização, mas trata-se de “[...] expediente ordinário no Brasil há várias décadas, antes mesmo do surgimento do conceito de ‘constitucionalização do direito.’”⁴⁰

³⁷ RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. **Distinção sistemática e autonomia epistemológica do direito civil contemporâneo em face da constituição...** p. 266-268

³⁸ RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. **Distinção sistemática e autonomia epistemológica do direito civil contemporâneo**

em face da constituição. 2017. 682 f. Tese (Livre-Docência em Direito Civil) Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

³⁹ Ibid., 2017, op. cit. p. 311.

⁴⁰ Ibid., p. 317.

3.1.2 Constitucionalização como elevação da dignidade da pessoa humana a elemento funcionalizante do Direito Civil

Atualmente, observamos um uso extrapolado do princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento para as mais diversas questões no âmbito do Direito Privado.⁴¹

Ocorre que a dignidade da pessoa humana não é um conceito criado pelo Direito Constitucional, antecedendo-o historicamente.⁴² Aqui, tem-se a ideia do antropocentrismo impregnando toda a literatura filosófica a ele posterior, sendo seus vestígios encontrados até os dias atuais, “[...] sob as vestes do personalismo ético”⁴³

[...] a ideologia da dignidade da pessoa humana como vem sendo sustentada não só não corresponde ao conhecimento atual da Ciência, que fornece à ética fundamento biológico, como também não contribui para a mudança da mentalidade coletiva que a defesa da vida exige hoje.⁴⁴

[...] a invocação da dignidade humana em um grau elevado de abstração assume pouco ou nenhum significado. Pior: seu uso indiscriminado pode

⁴¹ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Crítica ao personalismo ético da constituição da república e do código civil: em favor de uma ética biocêntrica. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 103, p.115-126, jan./dez. 2008. p. 116-125.

⁴² RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Distinção sistemática e autonomia epistemológica do direito civil contemporâneo em face da constituição...** p. 319.

⁴³ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Distinção sistemática e autonomia**

conduzir à banalização de um conceito que ocupa posição central na ordem jurídica contemporânea.⁴⁵

Destarte, deve-se ter grande cautela na aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana, o qual, por ser vago e incorretamente manejado como ferramenta capaz de resolver qualquer problema jurídico, pode levar à insegurança jurídica e à supressão dos institutos de Direito Civil específicos para cada caso concreto.

3.1.3 Constitucionalização como a colocação da Constituição no centro do ordenamento jurídico

Utilizar-se da ideia de que “[...] a constituição ocupa o topo da pirâmide normativa e que, seguindo-se o princípio dinâmico do direito, todas as outras normas jurídicas lhe devem obediência”⁴⁶ seria “[...] trivial e genérico demais para ter alguma força explicativa acerca da relação da constituição com os outros ramos do direito”⁴⁷, bem como, “[...] não tem como consequência uma necessária aplicação de dispositivos constitucionais ao direito

epistemológica do direito civil contemporâneo em face da constituição... p. 320.

⁴⁴ Ibid., p. 125.

⁴⁵ SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 3 ed., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2011. p. 8.

⁴⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 122-123

⁴⁷ Ibid., 2005, op. cit.

infraconstitucional simplesmente devido a essa hierarquia.”⁴⁸

[...] não há como se defender que alguém considerasse possível o Código Civil contrariar uma norma constitucional, seja diretamente, por ação do legislador, seja por meio de interpretações que ignorassem ou violassem o texto constitucional.⁴⁹

Sendo assim, tal definição de constitucionalização não pode ser considerada como válida, pois “[...] não se pode confundir a constitucionalização do Direito Civil com o reconhecimento da primazia constitucional.”⁵⁰

3.1.4 Constitucionalização como controle de constitucionalidade e de interpretação constitucional das normas

Aqui, retoma-se a ideia da hermenêutica constitucional, base do que foi tratado no item 3.1.1. Todavia, neste item, a constitucionalização do direito vem associada não ao conceito de reinterpretação da norma ordinária a partir da norma constitucional, mas, sim, vinculada à questão do controle de constitucionalidade, que não pode ser considerado, em si, como o fenômeno da constitucionalização do direito.

⁴⁸ Ibid., 2005, op. cit.

⁴⁹ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Distinção sistemática e autonomia epistemológica do direito civil contemporâneo em face da constituição...** p. 325.

3.1.5 Constitucionalização como uso de cláusulas gerais e como “perturbação das prestações”, sem relação direta com a Constituição

Este é o caso que mais tem sido utilizado nos últimos 10 anos no Brasil, qual seja, as cláusulas gerais previstas no ordenamento infraconstitucional como “portas de entrada” dos direitos fundamentais, o que possibilitaria sua consequente incidência nas relações privadas.⁵¹

Todavia, o que deveria ser um tema muito delimitado e particular, servindo para preenchimento de lacunas, correção de normas ou ainda controle de excesso no exercício do direito, acaba sendo banalizado. Deve-se observar aqui que “[...] tal função de abertura, contudo, não significa que as cláusulas gerais constitucionalizariam de *per si* o Direito Privado.”⁵²

O que se vê, atualmente, é o abuso da linguagem em relação ao uso das cláusulas gerais, como por exemplo, a da boa-fé objetiva, e o fato de seu uso ter sido enxergado com uma outra finalidade, qual seja, “[...] a de se proteger a parte mais fraca da relação jurídico-negocial”, equivalendo-se

⁵⁰ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Distinção sistemática e autonomia epistemológica do direito civil contemporâneo em face da constituição...** p. 328.

⁵¹ Ibid., p. 339-340

⁵² Ibid., p. 341.

o termo “constitucionalizar o direito” à ideia de “aumentar os meios protetivos aos vulneráveis”⁵³, o que não pode ser aceito.

3.1.6 Constitucionalização como socialização ou interpretação progressista do Direito Civil

Por fim, talvez seja esta definição a mais difícil de ser enfrentada dado seu caráter moral. É também aqui que teóricos do Direito Civil Constitucional apontam os efeitos do fenômeno da constitucionalização, principalmente no âmbito da propriedade e da família, apontamentos que confundem questões diversas.

É certo dizer que:

[...] institutos ligados ao direito de propriedade foram constitucionalizados, no sentido da elevação das normas ao texto constitucional, desde 1824. Além disso, o problema dos limites sociais ao exercício do direito de propriedade está presente em todas as constituições brasileiras.⁵⁴

Já no tocante ao instituto da família,

[...] não foi constitucionalizada em 1988, mas sim desde 1891 (em relação ao casamento civil) e mais fortemente a partir de 1934, quando se lhe conferiu título próprio na CF/1934, o que se vem repetindo até o texto constitucional de 1988.⁵⁵

Sendo assim, não foi o fenômeno da constitucionalização o responsável pela mudança de valores, hábitos e morais. Esses é que, ao surgirem por decorrência de fenômenos sociais e históricos, conduziram a uma transformação da prática social, depois da jurisprudência e finalmente da Constituição, do Código Civil de 1916 e do Código Civil de 2002.⁵⁶

Conclui-se então que “[...] este é um espaço típico de condicionamento da norma pela realidade social e não o contrário”⁵⁷, bem como que, “[...] o simples fato de constitucionalizar um instituto ou uma figura jurídica não significa conferir a eles uma interpretação progressista.”⁵⁸, “[...] constitucionalizar o Direito Civil não é socializá-lo.”⁵⁹

3.2 O que é constitucionalização do Direito Civil

Após percorrer uma breve contextualização a partir de conceitos negativos de constitucionalização do direito, pretende-se, neste tópico, apresentar não especificamente um modelo conceitual, mas, sim, os possíveis contextos e conceitos do fenômeno da constitucionalização como é

⁵³ Ibid., p. 353.

⁵⁴ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Distinção sistemática e autonomia epistemológica do direito civil contemporâneo em face da constituição...** p. 354.

⁵⁵ Ibid., p. 358.

⁵⁶ Ibid., p. 358.

⁵⁷ Ibid., p. 361.

⁵⁸ Ibid., p. 365.

⁵⁹ Ibid., p. 366.

visto atualmente no sistema jurídico brasileiro.

3.2.1 Constitucionalização por elevação de normas ordinárias ao texto constitucional

Conforme Rodrigues Junior, a constitucionalização do direito, notadamente do Direito Civil, seria a “[...] escolha de parte da legislação ordinária a fim de que seja elevada à dignidade de norma constitucional”⁶⁰. Nada mais. Poderia tal escolha ocorrer somente “de modo controlado e excepcional”, uma vez que, se essa atitude fosse generalizada, “[...] teria por efeito dilatar de tal modo a Constituição que ela perderia sua natureza e sua finalidade.”⁶¹ É o que ocorre parcialmente no caso da Constituição Brasileira de 1988, em que se apresenta uma exacerbação do fenômeno de constitucionalização. Como exemplos, podemos citar o artigo 208, §3º e o artigo 242, §2º.

Aqui, é importante ressaltar três situações: (i) que o contexto da constitucionalização apenas tido “como as normas de direito civil consagradas na constituição” seria “claramente um

equivoco”, tendo em vista que “normas de direito civil não deixam de ser normas de direito civil pelo simples fato de estarem consagradas pelo texto constitucional.”⁶²; (ii) que “se é possível constitucionalizar, é também admissível desconstitucionalizar normas presentes na Constituição, sem que isso implique perdas qualitativas para o sistema jurídico”⁶³, e (iii) que “a constitucionalização ou a desconstitucionalização, consideradas em si, não acarretam perdas ou ganhos em termos axiológicos.”⁶⁴

3.2.2 Constitucionalização por reforma legislativa

Partindo-se da ideia já exposta no item 3.1.4, qual seja, de que não se trata a constitucionalização do direito do fenômeno da não recepção do direito ordinário na nova ordem constitucional, tem-se aqui a questão da substituição da norma ordinária inconstitucional por uma nova, da reforma legislativa.

Embora esta possua as mesmas vantagens da constitucionalização por elevação acima tratada, padece de uma desvantagem grande a ser considerada: pode

⁶⁰ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Distinção sistemática e autonomia epistemológica do direito civil contemporâneo em face da constituição...** p. 375.

⁶¹ Ibid., 2017, op. cit.

⁶² SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos**

fundamentais nas relações entre particulares... p. 172.

⁶³ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Distinção sistemática e autonomia epistemológica do direito civil contemporâneo em face da constituição...** p. 381.

⁶⁴ Ibid., p. 382.

demorar muito tempo para se operar⁶⁵ ou nunca ocorrer completamente. Tal situação levaria o sistema a uma “[...] judicialização das normas ordinárias incompatíveis com a Constituição”⁶⁶, algo negativo, uma vez que:

[...] enfraquece a autonomia do Direito Civil, fortalece o ímpeto intervencionista do Poder Judiciário, especialmente dos tribunais constitucionais, e pode implicar uma supressão da margem de conformação normativa atribuída ao legislador ordinário pela própria Constituição.⁶⁷

Nesta hipótese, percebe-se o conflito entre uma real exteriorização do fenômeno da constitucionalização, a partir de uma reforma legislativa, e a sua aplicação prática por meio da judicialização de normas ordinárias incompatíveis com a Constituição.

3.2.3 Constitucionalização por juridicização das normas constitucionais

Outra forma adequada de se reconhecer o fenômeno da constitucionalização do direito seria “[...] reconhecer a natureza jurídico-normativa e

não apenas política dos preceitos constitucionais.”⁶⁸

Assim,

[...] constitucionalizar o Direito Civil é reconhecer a juridicização da Constituição, com as ressalvas presentes na jurisprudência do STF e na teoria constitucional (...) implica que as normas constitucionais não podem deixar de ser cumpridas, sob o argumento de que elas seriam meros programas políticos, envolvidos em uma forma jurídica.⁶⁹

Essa modalidade de constitucionalização “[...] ao menos no Brasil, é importante para acordos semânticos.”⁷⁰ no que tange aos valores por elas protegidos e a sua forma de aplicação.

3.2.4 Constitucionalização por transformação das instituições e dos direitos ou por irradiação do direito constitucional

Esta é, atualmente, a mais universalizável maneira de se delimitar o sentido de constitucionalização, e também a que mais se aproxima de seu sentido real.⁷¹

Virgílio Afonso da Silva e Otavio Luiz Rodrigues Jr, referenciados na obra de

⁶⁵ “Isso não é um problema de falta de vontade política do legislador brasileiro, mas uma característica inerente à lentidão do legislador para se adaptar a novos paradigmas. E isso em todo mundo.” SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares.** p. 39-40).

⁶⁶ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Distinção sistemática e autonomia epistemológica do direito civil contemporâneo em face da constituição...** p. 392.

⁶⁷ Ibid., p. 392.

⁶⁸ HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição.** 1959. Disponível em: <<https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/41475>

70/mod_resource/content/0/A%20Forca%20Normativa%20da%20Constituicao%20-%20Hesse.pdf>. Acesso em: 17 outubro 2021 p. 10-12 apud RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Distinção sistemática e autonomia epistemológica do direito civil contemporâneo em face da constituição...** p. 393.

⁶⁹ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Distinção sistemática e autonomia epistemológica do direito civil contemporâneo em face da constituição...** p. 395-396.

⁷⁰ Ibid., p. 399.

⁷¹ SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares...** p. 47-48.

Louis Favoreu, afirmam que esta forma de constitucionalização proporcionaria uma irradiação dos direitos fundamentais para os diferentes ramos do direito, ocasionando a sua transformação interna. Tal irradiação operaria efeitos de três ordens: i) modernização do ordenamento jurídico; ii) unificação da ordem jurídica (normas constitucionais tornar-se-iam fundamento dos diferentes ramos do direito; dicotomia Direito Público x Direito Privado seria relativizada) e iii) simplificação da ordem jurídica (constituição como norma de referência).⁷²

Porém, embora constata-se que o fenômeno da constitucionalização é inevitável, deve-se atentar para a resolução dos problemas de espaço do Direito Privado e dos efeitos dos direitos fundamentais nas relações privadas.

3.2.5 Constitucionalização em sentido jurídico-político (constitucionalização e reconstitucionalização) e jurídico-sociológico (constitucionalização simbólica)

Existem ainda algumas conceituações do fenômeno da

constitucionalização que não possuem tanta relevância para o Direito Civil, sendo mais analisadas no âmbito da Teoria do Estado e do Direito Constitucional, mas que valem ser mencionadas a título de curiosidade.

Constitucionalizar pode também ter a acepção de “[...] dotar um Estado de uma Constituição, ainda que não escrita, com os institutos próprios a uma organização estatal moderna.”⁷³ Em consequência deste conceito, surge outro, o de reconstitucionalizar, que

[...] ocorre quando um país sai de um regime ditatorial ou do estado de anarquia, responsável pela ruptura da ordem jurídica anterior e que deixou de respeitar a carta de direitos, a separação de poderes do Estado e outros elementos essenciais de um Estado Constitucional.⁷⁴

Assim, mediante o retorno à democracia, opera-se a reconstitucionalização.

Por fim, no tocante à constitucionalização simbólica, essa “[...] operaria como um amortecedor de conflitos sociais, de dissimulador dos problemas socioeconômicos e um anteparo contra transformações efetivas da estrutura de poder político e social.”⁷⁵ Essa, na prática, acaba por

epistemológica do direito civil contemporâneo em face da constituição... p. 408.

⁷⁴ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Distinção sistemática e autonomia epistemológica do direito civil contemporâneo em face da constituição...** p. 408.

⁷⁵ Ibid., p. 409.

⁷² SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares...** p. 48-49; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Distinção sistemática e autonomia epistemológica do direito civil contemporâneo em face da constituição...** p. 400-406.

⁷³ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Distinção sistemática e autonomia**

não oferecer respostas consistentes e definitivas para as questões sociais, uma vez que seu objetivo final não é resolvê-las.

4 Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas – *Drittwirkung*

Finalmente, após abordada a delimitação de espaço do Direito Civil contemporâneo na sociedade pós-moderna, bem como a questão da constitucionalização do direito, mostrando-se seus possíveis conceitos e contextos e também aqueles em que ela não existe, apesar de alguns juristas os apontarem, chega-se ao último item deste artigo. Este buscará expor a forma pela qual os direitos fundamentais, por meio do fenômeno da constitucionalização, incidem nas relações privadas, bem como quais seriam as suas consequências em relação ao ramo do Direito Civil.

É válido ressaltar, a título de complementação, que ainda existem outras teorias que abordam a questão dos efeitos dos direitos fundamentais nas relações entre os particulares, que não serão diretamente abordadas neste artigo. São elas exemplificativamente: um “não modelo” que

consiste na “[...] recusa de qualquer efeito dos direitos fundamentais fora da relação entre os cidadãos e o Estado”⁷⁶ e a doutrina americana da *state action*, aplicada pela Suprema Corte Norte Americana, que permite uma imputação das ações particulares ao Estado ou a equiparação artificial dessas ações a ações estatais, tendo por objetivo coibir o ato privado violador de direitos fundamentais.

4.1 Eficácia direta

A teoria da eficácia direta ou imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas tem sua origem com o civilista alemão Hans Carl Nipperdey (1895-1968). Segundo esta, não seria necessária nenhuma ação intermediária - mediação legislativa - para que os direitos fundamentais fossem aplicáveis - produzissem efeitos - nas relações entre particulares.⁷⁷

Nipperdey, após combater na segunda guerra mundial em prol do regime nacional-socialista, sofreu um processo de desnazificação e tornou-se magistrado do BAG (*Bundesarbeitsgericht*) – Tribunal Federal do Trabalho –, na Alemanha, no período de 1954 a 1963, órgão equivalente ao Tribunal Superior do Trabalho no Brasil.⁷⁸

⁷⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito:** os direitos fundamentais nas relações entre particulares... p. 68.

⁷⁷ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Distinção sistemática e autonomia epistemológica do direito civil contemporâneo em face da constituição...** p. 474; SILVA,

Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito:** os direitos fundamentais nas relações entre particulares... p. 87.

⁷⁸ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Distinção sistemática e autonomia epistemológica do direito civil contemporâneo em face da constituição...** p.474-483.

Daí a relevância de sua tese junto à jurisprudência alemã, que só a abandonou em 1984.⁷⁹

O caso mais relevante de aplicabilidade dessa teoria deu-se em 1957, quando Nipperdey era presidente do BAG, em uma decisão sobre igualdade salarial entre homens e mulheres.⁸⁰

Após um breve panorama histórico e conceitual, podemos dizer que são fundamentos do modelo da eficácia direta: a) a dignidade da pessoa humana como fundamento geral da ordem jurídica; b) os direitos fundamentais como meios de expressão dos mais caros valores sociais que devem ser assegurados pelo sistema jurídico, sendo meio de defesa dos particulares contra os poderes privados de outros particulares; c) a natureza universal dos direitos fundamentais; d) a igualdade de vinculação dos direitos fundamentais em relação aos poderes públicos e às relações privadas.⁸¹

⁷⁹ HOLLSTEIN, Thorsten. *Die Verfassung als "Allgemeiner Teil": Privatrechtsmethode und Privatrechtskonzeption bei Hans Carl Nipperdey* (1895-1968). Tübingen: Mohr Siebeck, 2007. apud RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Distinção sistemática e autonomia epistemológica do direito civil contemporâneo em face da constituição...** p. 488.

⁸⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares...** p. 91.

⁸¹ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Distinção sistemática e autonomia epistemológica do direito civil contemporâneo em face da constituição...** p. 489-492.

⁸² SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos**

Atualmente, é certo dizer que “[...] a teoria da aplicabilidade direta dos direitos fundamentais às relações entre particulares é amplamente minoritária em praticamente todos os países em que o tema é objeto de estudo sistemático.”⁸², bem como que “[...] na Alemanha, os privatistas e os constitucionalistas contemporâneos não se têm mais ocupado com essa teoria, ao menos em sua formulação tradicional.”⁸³ e ainda, que “[...] as ideias de Nipperdey tiveram mais notoriedade fora da Alemanha do que em seu país de origem.”⁸⁴

Segundo Virgílio Afonso da Silva, podemos afirmar que a teoria da eficácia direta carece de:

[...] dois problemas metodológicos principais: o primeiro diz respeito à relação entre os diferentes ramos do direito, especialmente à sobrevivência do conceito-chave do direito civil, a autonomia privada; já o segundo condena a perda de clareza no arcabouço conceitual do direito privado se as normas de direitos fundamentais passarem a ser aplicadas diretamente às relações entre particulares.⁸⁵

fundamentais nas relações entre particulares... p. 94.

⁸³ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Distinção sistemática e autonomia epistemológica do direito civil contemporâneo em face da constituição...** p. 492.

⁸⁴ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Distinção sistemática e autonomia epistemológica do direito civil contemporâneo em face da constituição...** p. 495.

⁸⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares...** p. 96.

Destarte, embora tenha grande prestígio no âmbito jurídico brasileiro, não parece ser a teoria da eficácia direta a melhor solução para os problemas enfrentados no cotidiano pelo Poder Judiciário.

4.2 Eficácia indireta

Conforme Virgílio Afonso da Silva:

[...] o ponto de partida do modelo de efeitos indiretos dos direitos fundamentais nas relações entre particulares é o reconhecimento de um direito geral de liberdade, consagrado pela grande maioria das constituições das democracias ocidentais.⁸⁶

Seria esse o fundamento que impediria um efeito absoluto dos direitos fundamentais nas relações privadas, e, por consequência, um “[...] total domínio do direito constitucional sobre o direito privado.”

87

A ideia geral da teoria da eficácia indireta ou mediata dos direitos fundamentais nas relações privadas, a qual surgiu com Günter Dürig, visa a proporcionar uma conciliação entre as normas fundamentais e as normas de Direito Privado;⁸⁸ “[...] a solução proposta é a influência dos direitos fundamentais nas relações privadas por

intermédio do material normativo do próprio direito privado.”⁸⁹ Assim, tal conciliação ocorreria por meio de “portas de entrada” do sistema de valores das normas jurídicas fundamentais no ordenamento do direito privado, portas essas denominadas cláusulas gerais, compreendidas como “[...] o principal elo de ligação entre os direitos fundamentais como sistema de valores e o direito privado”⁹⁰, uma vez que, “[...] por meio dessas cláusulas que os direitos fundamentais ‘se infiltram’ no direito privado e por aí produzem seus efeitos.”⁹¹ Possuem, portanto, para uma melhor operabilidade, conceitos abertos a serem definidos a partir de uma valoração do aplicador do direito.⁹²

Assim, conforme Otavio Luiz Rodrigues Junior, é possível identificar os principais postulados da doutrina da eficácia indireta nos seguintes aspectos: a) o uso de cláusulas gerais como “porta de entrada” para os direitos fundamentais no direito privado; b) as cláusulas gerais não só como instrumento de intermediação, mas também como filtro normativo, o qual regula a irradiação das normas fundamentais para dentro do âmbito privado; c) a dignidade da

⁸⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito:** os direitos fundamentais nas relações entre particulares... p. 75.

⁸⁷ Ibid., 2005, op. cit.

⁸⁸ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Distinção sistemática e autonomia epistemológica do direito civil contemporâneo em face da constituição...** p. 514-518.

⁸⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito:** os direitos fundamentais nas relações entre particulares... p. 76.

⁹⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito:** os direitos fundamentais nas relações entre particulares... p. 78-79.

⁹¹ Ibid., 2005, op. cit.

⁹² Ibid., 2005, op. cit.

pessoa humana como orientadora da ordem objetiva de valores; d) as cláusulas gerais como mecanismo de segurança para salvaguardar a autonomia do direito privado e a unidade do sistema jurídico e, por fim, e) a atuação das cláusulas gerais para esclarecer conceitos, atualizar conceitos de um sistema jurídico anterior, ou ainda, para colmatar lacunas normativas.⁹³

Ressalta-se que a teoria da eficácia indireta é dominante na doutrina e na jurisprudência alemã, tendo nesta, no caso Lüth, seu momento de maior relevância, dado o contexto histórico-social da época. Em breve síntese, o caso Lüth refere-se a uma reclamação constitucional formulada por Erich Lüth, após ter sido obrigado por decisões de instâncias inferiores a se abster de incitar um boicote ao filme intitulado *Unsterbliche Geliebte*, dirigido pelo cineasta Veit Harlan, o qual foi um dos grandes cineastas da indústria cinematográfica nazista. A relevância deste julgamento encontra-se no fato de que, pela primeira vez,

reconheceu-se a eficácia indireta dos direitos fundamentais em relação aos particulares e não somente entre os cidadãos e o Estado.⁹⁴

Contudo, embora o modelo da eficácia indireta seja o “[...] mais aceito em praticamente todos os países em que o problema da aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações entre particulares é estudado de forma sistemática”⁹⁵, é certo dizer que ele, em sua forma tradicional, também padece de algumas críticas. Um exemplo é apontado por Virgílio Afonso da Silva, segundo o qual, as cláusulas gerais não possibilitariam uma real proteção dos direitos fundamentais, pois “[...] para um grande número de situações em que seria desejável que os efeitos dos direitos fundamentais se fizessem presentes, não haverá uma dessas cláusulas para dar vazão a esses efeitos.”⁹⁶

4.3 Panorama brasileiro

No tocante à eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas no Brasil, é certo dizer que “o Supremo Tribunal

⁹³ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Distinção sistemática e autonomia epistemológica do direito civil contemporâneo em face da constituição...** p. 518-520.

⁹⁴ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Distinção sistemática e autonomia epistemológica do direito civil contemporâneo em face da constituição...** p. 520; Um trecho da decisão é trazido por Virgílio Afonso da Silva: “A constituição, que não pretende ser uma ordenação axiologicamente neutra, funda, no título dos direitos fundamentais, uma ordem objetiva de valores, por meio da qual se expressa um [...] fortalecimento da validade [...] dos direitos fundamentais. Esse sistema de valores,

que tem seu ponto central no livre desenvolvimento da personalidade e dignidade humana no seio da comunidade social, deve valer como decisão fundamental para todos os ramos do direito; legislação, administração e jurisprudência recebem deles diretrizes e impulsos.” SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares...** p. 80.

⁹⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares...** p. 81.

⁹⁶ *Ibid.*, p. 85.

Federal (STF) nunca se dedicou a desenvolver uma tese sobre o problema.”⁹⁷ No âmbito da suprema corte brasileira, muitas vezes, na fundamentação das decisões, ocorre uma confusão na aplicação das diferentes doutrinas referentes ao tema. Vale ressaltar que, atualmente prevalece a opção pela eficácia direta dos direitos fundamentais em relação aos particulares. Tal posicionamento pode ser visto a partir de uma interpretação do RE 201819 ⁹⁸- caso da União Brasileira de Compositores -, em que embora a circunstância motivadora do acórdão convirja mais para a doutrina norte-americana da *state action*, fundamenta-se o acórdão na doutrina da eficácia direta.⁹⁹

Destaca-se, assim, que o modelo de eficácia direta, no âmbito doutrinário e jurisprudencial, “[...] encontrou no Brasil uma acolhida sem comparação em qualquer outro lugar do mundo”¹⁰⁰, sendo raríssimos trabalhos no país que refutam tal modelo. Essa hegemonia da teoria da eficácia direta, teria ocorrido em menos de 20 anos devido “à indiferença dos círculos civilísticos tradicionais em relação ao tema”¹⁰¹, ao

“surgimento de uma nova Constituição, após duas décadas de regime militar”¹⁰², à “troca de guarda geracional”¹⁰³ e à “competência com que os defensores da eficácia direta formularam as bases do modelo.”¹⁰⁴ Ainda, segundo Rodrigues Junior, são graves os excessos cometidos em nome dessa doutrina, alertando que:

[...] essa postura termina por simplificá-la de tal modo que essa doutrina passa a servir de justificação ao sincretismo metodológico e, mais que isso, ao enfraquecimento e à colonização do Direito Civil pelo Direito Constitucional.¹⁰⁵

Ainda, muitos juristas brasileiros fundamentam a aplicabilidade da teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas a partir do §1º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, que rege: *as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*. Ocorre que, como nos lembra Virgílio Afonso da Silva, nesta associação, tem-se uma “[...] confusão entre a eficácia dos direitos fundamentais, sua forma de produção de efeitos e seu âmbito de aplicação”¹⁰⁶, uma

⁹⁷ Ibid., p. 93.

⁹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2º Turma). RE 201819. **Recurso Extraordinário**. Relatora Ministra Ellen Gracie, Relator para o acórdão Ministro Gilmar Mendes. Brasília/DF, 2006.

⁹⁹ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Distinção sistemática e autonomia epistemológica do direito civil contemporâneo em face da constituição...** p. 521-523.

¹⁰⁰ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Distinção sistemática e autonomia**

epistemológica do direito civil contemporâneo em face da constituição... p. 499.

¹⁰¹ Ibid., p. 499-501.

¹⁰² Ibid., 2017, op. cit.

¹⁰³ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Distinção sistemática e autonomia epistemológica do direito civil contemporâneo em face da constituição...** p. 499-501.

¹⁰⁴ Ibid., 2017, op. cit.

¹⁰⁵ Ibid., p. 501.

¹⁰⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos**

vez que o texto constitucional faz menção a apenas uma “potencialidade, à capacidade de produzir efeitos desde já.”¹⁰⁷ Sendo assim:

[...] prescrever que os direitos fundamentais têm aplicação imediata não significa que essa aplicação deverá ocorrer em todos os tipos de relação ou que todos os tipos de relação jurídica sofrerão algum efeito das normas de direitos fundamentais.¹⁰⁸

Portanto, embora ocorra dentro do cenário jurídico brasileiro a aplicação indiscriminada da teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas, essa não parece acertada, uma vez que poderia comprometer a autonomia dos diferentes ramos do direito, notadamente do Direito Civil, bem como, proporcionar certa arbitrariedade nas decisões, pois deixaria a cargo do intérprete ordinário da norma – juiz - a função de ponderação entre princípios fundamentais, utilizando-se assim, para a solução das questões sociais, menos de um critério técnico, presente nas normas infraconstitucionais, e mais de normas de caráter abstrato, que proporcionam grande incidência de valores morais, podendo gerar situações prejudiciais a determinados grupos sociais.

Considerações finais

Por todo o exposto neste artigo, pode-se dizer que, atualmente, na sociedade pós-moderna, o Direito Civil se mantém como ramo autônomo do direito, garantindo assim sua independência epistemológica, muito embora seja inegável o fenômeno da constitucionalização do direito por questões de natureza histórico-social, uma vez que o direito pode apenas tentar moldar-se às novas realidades sociais de cada época.

Tendo por consideração o fenômeno da constitucionalização do direito, e especificamente do Direito Civil, é certo dizer que soluções deverão ser buscadas para compatibilizar as normas de direito fundamental - sistema de valores - com as normas e o ordenamento de Direito Privado, e que essas soluções não repousam necessariamente na adoção de um único modelo de eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, mas, possivelmente, em uma utilização combinada dos diversos modelos já existentes, de acordo com a situação concreta tratada.

O que se deve, todavia, atentar-se é para o fato de não se exacerbar o uso ou a fundamentação de um ou outro modelo, sob o risco de dissociar o sistema jurídico brasileiro em razão da supremacia constitucional, no caso especificamente do Direito Civil, ou ainda, de praticar arbitrariedades em nome de determinada

fundamentais nas relações entre particulares... p. 57.

¹⁰⁷ Ibid., 2005, op. cit.

¹⁰⁸ Ibid., p. 58.

teoria, que acabará por mitigar ou suprimir os direitos de determinada parcela da sociedade não açambarcada pelos mesmos valores morais.

Conclui-se que não só é fundamental o papel da doutrina e da jurisprudência para o aperfeiçoamento social, a partir do fenômeno da constitucionalização e da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, mas também de extrema importância a atuação do legislador infraconstitucional, para que molde o sistema normativo em consonância à nova realidade social, ambos realizando suas atividades de forma técnica e criteriosa, para se manter a coesão do sistema jurídico atual e a autonomia epistemológica do Direito Civil, o qual vem se desenvolvendo desde a Roma Antiga, e que sempre foi competente e possuiu os mecanismos adequados para integrar e regular os fenômenos históricos-sociais com objetivo de desenvolvimento social, não precisando ser substituído por uma nova metodologia que carece de tecnicidade e apela para questões morais, extremamente voláteis, trazendo insegurança ao sistema jurídico brasileiro.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v.1

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Crítica ao personalismo ético da constituição da

república e do código civil: em favor de uma ética biocêntrica. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 103, p.115-126, jan./dez. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2º Turma). RE 201819. **Recurso Extraordinário**. Relatora Ministra Ellen Gracie, Relator para o acórdão Ministro Gilmar Mendes. Brasília/DF, 2006.

ESPÍNOLA, Eduardo. **Sistema do direito civil brasileiro: introdução e parte geral**. 3 ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1938.

FACHIN, Luiz Edson. **Questões do direito civil contemporâneo** Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

FRANÇA, R. Limongi. **Instituições de direito civil: todo direito civil num só volume**. São Paulo: Saraiva, 1988.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. rev. ampl. e atual. por Humberto Theodoro Júnior. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. 1959. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4147570/mod_resource/content/0/A%20Forca%20Normativa%20da%20Constituicao%20-%20Hesse.pdf>. Acesso em: 17 outubro 2021

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: parte geral**. 41 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v.1

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: introdução ao direito civil**. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. v.1

REALE, Miguel. **Visão geral do projeto de código civil**. [19--]. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3464464/mod_resource/content/1/O%20novo%20C%C3%B3digo%20Civil%20>

%20Miguel%20Reale.pdf>. Acesso em: 17 de outubro de 2021.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: parte geral**. 20 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1989. v.1

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Distinção sistemática e autonomia epistemológica do direito civil contemporâneo em face da constituição**. 2017. 682 f. Tese (Livre-Docência em Direito Civil) Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

_____. Estatuto epistemológico do direito civil contemporâneo na tradição de civil law em face do neoconstitucionalismo e dos princípios. **Revista O Direito**, Coimbra, Ano 143, nº 2, p. 63-64, 2011.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 3 ed., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2011.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2005.

ZIMMERMANN, Reinhard. Direito romano e cultura jurídica europeia. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, v. 7, p. 243-278, abr.-jun. 2016.

Revistas:

REVISTA DE DIREITO CIVIL da Padre Anchieta, disponível em <https://revistas.anchieta.br/index.php/RevistaDirCivil/issue/archive>

**DROIT D'AUBAINE: A SÍNTESE DA
PROPRIEDADE EM PIERRE
PROUDHON E PONTES DE
MIRANDA¹⁰⁹**

Pietro Nardella-Dellova¹¹⁰

RESUMO

Vários economistas, sociólogos e juristas, entre os quais, civilistas, fizeram críticas à propriedade. Entre eles, Pontes de Miranda, que considerava a obra de Proudhon como cientificamente crítica e sociologicamente apreciável entre as doutrinas científicas, como ficou claro em sua obra de 1922, Sistema de Ciência Positiva do Direito. Pontes de Miranda considerava que, embora a propriedade tenha exercido papel importante no pensamento dos povos cultos, e que há uma base psicológica importante, sobretudo no que respeita à individualidade,

¹⁰⁹ **Droit D'Aubaine**, trecho do livro NARDELLA-DELLOVA, Pietro. PIERRE PROUDHON E SUA TEORIA CRÍTICA DO DIREITO CIVIL. São Paulo: Ed. Scortecci, 2021, pp. 200-205;

¹¹⁰ **Pietro Nardella-Dellova** é Doutor e Mestre em Direito (Direito Civil/Teorias da Propriedade) pela Universidade Federal Fluminense, UFF, e Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, USP. É Doutor e Mestre em Ciência da Religião (Antropologia/Literatura/Religião/Direito) pela Pontifícia Universidade Católica, PUC/SP. É Pós-graduado em Literatura e Direito Civil e Processo Civil. É Graduado em Filosofia e Direito. Foi membro efetivo da Comissão de Direito e Liberdade Religiosa e, também, da Comissão de Bioética da OAB/SP – São Paulo. É Membro efetivo da Comissão de Notáveis da OAB/BC, Balneário de Camboriú, Santa Catarina; É Membro da “*Accademia Napoletana per la Cultura di Napoli*”, Nápoles, Itália; Associado ao Grupo Martin Buber, de Roma, para o Diálogo entre Israelenses e Palestinos; Associado ao Grupo “Judeus Pela Democracia” (Israel, USA e Brasil) e do Grupo Jewish/Muslin de New York. É Autor de vários livros, entre os quais, Pierre Proudhon e sua Teoria Crítica do Direito Civil (2020) e Direito, Mito e Sociedade (2021), assim como de centenas de artigos e

esta acabou por deteriorar-se, reduzindo os homens a meros instrumentos

Palavras-chave: Proudhon, Pontes de Miranda, Propriedade, crítica à propriedade.

ABSTRACT

Several economists, sociologists and jurists, including civilists, criticized the property. Among them, Pontes de Miranda, who considered Proudhon's work as scientifically critical and sociologically appreciable among scientific doctrines, as became clear in his 1922 work, Sistema de Ciência Positiva do Direito. Pontes de Miranda considered that, although property had played an important role in the thinking of educated peoples, and that there was an important psychological basis, especially with regard to individuality,

pareceres jurídicos; é Poeta, com vários livros de Poesia publicados, e membro da UBE – União Brasileira de Escritores. Em 2004, criou e coordenou o CPPJ – Centro de Pesquisa e Prática Jurídica “Prof. Goffredo Telles Jr.”. Em 2011 criou e coordenou o Grupo de Estudos e Pesquisas NUDAR – Teorias Críticas Aplicadas ao Direito Civil. É Pesquisador Líder do Grupo de Pesquisa TC TCLAE CNPq, e da Linha de Pesquisa “Direito Civil Constitucional, Teorias Críticas e Educação. É Pesquisador Integrante do Grupo de Pesquisa VEREDAS PUC/SP-CNPq. É Professor, desde 1990, de Literatura, Direito Civil, Filosofia, Direito Processual Civil e Direitos Humanos em vários cursos (graduação e pós-graduação), entre os quais, Universidade Federal Fluminense, Faculdade de Direito Padre Anchieta, ESA – Escola Superior da Advocacia, EMERJ – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Atuou como Professor visitante (2011-2013) na Faculdade de Direito da USP, abordando o tema “Direito Romano, Direito Civil e Direito Hebraico Comparados”. Foi Pesquisador bolsista CAPES/FUNDASP no Programa de Estudos Pós-graduados da PUC/SP. Atualmente, também desenvolve estudos e pesquisas em New York, USA na área de Direitos Humanos e no Seminário Rabínico Latinoamericano de Buenos Aires, Argentina, em Fontes Judaicas da Filosofia e do Direito.

it ended up deteriorating, reducing men to mere instruments.

Keywords: *Proudhon, Pontes de Miranda, Property, property criticism*

A crítica, ácida e pontual, feita por Proudhon,¹¹¹ não tem a *propriedade* em si como alvo, mas a propriedade que foi desonrada e desvirtuada de sua natural função, ou seja, o alvo de Proudhon é a economia política, em contraposição à propriedade comunista, igualmente nociva. Entre os aspectos negativos do comunismo encontra-se o de negar a propriedade individual com a afirmação da propriedade estatal. Em outras palavras, conforme Passetti e Resende, os comunistas criticavam um tipo de propriedade especulativa, para afirmar outra, cuja estratégia é a dominação.¹¹² Ao fazer a crítica à propriedade burguesa, atribuindo-lhe a classificação de roubo, e criadora da miséria, Proudhon passa a ser chamado de *homem-terror, demolidor*, ficando definitivamente claro que ele não foi compreendido (talvez nem lido).

Mas sua crítica não foi isolada. Vários economistas, sociólogos e juristas, entre os quais, civilistas, fizeram, acerca da propriedade, a mesma crítica. Entre os quais,

Pontes de Miranda, que considerava a obra de Proudhon como cientificamente crítica e sociologicamente apreciável entre as doutrinas científicas, como ficou claro em sua obra de 1922, *Sistema de Ciência Positiva do Direito*.¹¹³ Pontes de Miranda considerava que, embora a propriedade tenha exercido papel importante no pensamento dos povos cultos – e que há uma base psicológica importante, sobretudo no que respeita à individualidade – esta acabou por deteriorar-se, *reduzindo os homens a meros instrumentos*. Embora a propriedade seja uma instituição, segundo ele, *não há instituições eternas, mas há fatos sociais que devem obedecer às leis universais*.

Reconhece Pontes de Miranda que há certas classes sociais para as quais a propriedade é tudo, e em função da qual todas as outras instituições são como acessórios, incluindo a família que é, de qualquer modo, um elemento da propriedade. Para elas, a propriedade é gozo e afirmação da individualidade, por isso mesmo, todas as suas capacidades humanas, criativas e de solidariedade ficam atrofiadas, presas à propriedade. Para elas, diz Pontes de Miranda, a propriedade é sagrada. Mas há outras classes que sofrem, sendo que a

¹¹¹ Luigi Mattiolo, 1871, considerou-a correta, conf. seu *Principii di Filosofia del Diritto*, pp. 190;

¹¹² Florestan Fernandes (dir.), E. Passetti e P.-E. A. Resende. *Proudhon*. SP: Ática, 1986, p. 8 e 10;

¹¹³ Pontes de Miranda. *Sist. de Ciência Positiva do Direito. Int. à Ciência do Direito*, Tomo II, p. 16;

propriedade daquelas lhes absorve tudo o que poderiam desenvolver.

O proletário, conforme Pontes de Miranda, é vítima da propriedade, é escravo, e, por isso mesmo, para manter-se vivo deve renunciar a todo desenvolvimento intelectual, estético e moral. Por vezes, o burguês honrado é inocente e até vítima do sistema de propriedade. Relembrando uma afirmação de Schäffle, 1885, disse Pontes de Miranda:

“Subjetivamente, o burguês honrado é perfeitamente inocente e, não raro, vítima; mas, objetivamente, o crescimento do capital privado é bem a espoliação do trabalhador, a rapina, a pilhagem, a exploração. Não se trata de crítica ou de censura, nem de hostilidades, que somente podem denunciar o exaspero dos sofrendores e o entusiasmo do que sonham; o que é preciso, e as circunstâncias terão de evidenciar, é a solução científica do problema humano.”¹¹⁴

Pois bem, a obra de Proudhon desnuda a propriedade burguesa, demonstrando, passo a passo, tudo aquilo que considera como roubo, e não apenas roubo, mas desonra da propriedade, e criadora de ambiente para a *proletarização e miserabilidade*.¹¹⁵ A isso ele chama de *droit d'aubaine*.¹¹⁶ Trata-se de uma palavra que

não encontra tradução adequada em português ou em italiano. Alguns a traduziram como “lucro”, mas *lucro* não traduz por si só algo de negativo ou que tenha a dimensão do que Proudhon pretende com *droit d'aubaine*.

A propriedade, ou ainda, economia política,¹¹⁷ enquanto fundamento da sociedade burguesa, *viola a igualdade pelo direito de exclusão e d'aubaine*, bem como o *livre arbítrio pelo despotismo*. Essa propriedade, regada por um mau direito, é o roubo! Pois o ladrão – segundo as etimologias do grego (*phôr*), do latim (*fero, fur, latro*) e do hebraico (*gannab*), que designam algo que alguém pôs ao lado – desviou, tirou, levou, escondeu, sem que lhe pertencesse, sendo que, segundo ele, mesmo no francês, o verbo *voler* é especialmente significativo, cuja expressão no latim é *vola*, ou seja, palma da mão no sentido de jogo de cartas, distribuir as cartas, de tal maneira que o ladrão é o beneficiário, o que fica com tudo, que faz a partilha, sendo possível que o verbo *voler* deva mesmo sua origem nas distribuições feitas por ladrões, e depois utilizado pela linguagem familiar e, por fim, para o sistema legal.¹¹⁸

¹¹⁴ Pontes de Miranda. *Sistema de Ciência Positiva do Direito. Investigação Científica e Intervenção na Matéria Social* (1922). Tomo IV. RJ: Borsoi, 1972, pp. 176, 177;

¹¹⁵ Florestan Fernandes (dir.), Edson Passetti e Paulo-Edgar A. Resende. *Proudhon*, p. 23;

¹¹⁶ Pierre-Joseph Proudhon. *Qu'est-ce que la Propriété?*, p. 327;

¹¹⁷ Pierre-Joseph Proudhon. *Filosofia da Miséria*. Vol. II, p. 272;

¹¹⁸ Pierre-Joseph Proudhon. *O Que é a Propriedade?*, p. 228;

E, em sentido comparativo, propriedade produz efeitos terríveis na sociedade. O roubo é o primeiro dos efeitos.¹¹⁹ Proudhon afirma que o roubo ocorre por uma infinidade de meios, que se tornam material na mão dos legisladores que, de uma forma ou de outra, os disciplinam legalmente, por vezes, disciplinando não no sentido de punição, mas de permissão. Por isso mesmo, dentre as várias situações, todas aquelas que encontram respaldo na lei, caracterizam o que ele chama de *droit d'aubaine*:

“rouba-se, assassinando na via pública, sozinho ou em grupo, por arrombamento, por desvio, por falência fraudulenta, por erro em escritura pública ou privada, pelo fabrico de moeda falsa; e rouba-se por gatunice, por escroqueria (golpe), por abuso de confiança, por jogos e loterias; rouba-se por usura (banqueiros); rouba-se por constituição de renda, por renda de terra, por aluguel; rouba-se pelo comércio (quando seu lucro ultrapassa o pagamento legítimo da sua função); rouba-se beneficiando sobre o produto e por uma sinecura tendo grandes ganhos. Enfim, o lavrador que vende ao consumidor o seu trigo a tanto e que no momento da pesagem mergulha a mãos no alqueire e desvia um punhado de grãos, rouba; o professor a quem o Estado paga as lições e que por intermédio de uma livraria as vende ao público uma segunda vez, rouba; o sinecurista que em troca da sua vaidade recebe um enorme

produto, rouba; o funcionário, o trabalhador, quem quer que seja que só produzindo como 1 se faz pagar como 4, como 100, como 1000, rouba; o editor deste livro e eu, que sou o autor, roubamos fazendo-o pagar pelo dobro do que vale.”¹²⁰

Esse aspecto é importantíssimo, não apenas para se compreender o porquê da crítica intrínseca na frase “*a propriedade é um roubo*”.

A especulação imobiliária, especialmente no que respeita às locações que deveriam ser exceção – e acabou sendo a regra – o latifúndio, a financeirização da economia, a venda de créditos, o anatocismo, ou seja, incidência de juros sobre juros (muito conhecida), os contratos de arrendamento das terras produtivas familiares para as grandes usinas de álcool (destrutiva do interior paulista e do nordeste) são alguns dos exemplos (atualizados) que Proudhon incluiu na degeneração proprietária, o *droit d'aubaine*.

Entre os liberais parece ter havido essa compreensão sobre Proudhon, muito mais do que entre os socialistas ou comunistas, sobretudo em relação ao conceito do seu *droit d'aubaine*, conforme atesta Falchi, que reconhece haver uma incompreensão sobre Proudhon. Segundo ele (e pelo que consta, sequer leu a *Teoria da*

¹¹⁹ Pierre-Joseph Proudhon. *Filosofia da Miséria*. Vol. II, pp. 255;

¹²⁰ Pierre-Joseph Proudhon. *O Que é a Propriedade?*, pp. 227;

Propriedade, mas apenas o *Que é a Propriedade?* pois em nenhum momento cita a obra de 1862/1865), Proudhon não se voltou contra qualquer propriedade, mas especificamente contra aquela em função da qual os proprietários têm ganhos fáceis, enriquecimento sem causa e exploração do mercado.¹²¹

Os exemplos são incontáveis. Mas é importante ressaltar que Proudhon não está falando do roubo simples e reconhecidamente ilícito. Ele se refere ao direito. A propriedade é o direito no Código Civil. Ao tratar da degeneração da propriedade, acima exemplificada, ele chama de *droit* – direito. A economia política, com base nessa perspectiva burguesa, criou a lei que a protege, por isso mesmo a síntese de sua crítica não é à propriedade em si, mas ao direito de propriedade, pois é esse “direito” que cria o *droit d’aubaine*!

Entre as muitas facetas do *droit d’aubaine*, encontra-se aquela de explorar o trabalhador, não apenas no que diz respeito à mais-valia individual, mas uma pior – a mais valia-coletiva – ou a exploração das forças coletivas de trabalho que, segundo ele, nunca foram pagas e, por isso mesmo, enriquecem o proprietário, o burguês. Dirá Proudhon, ao escrever uma Carta para M. Blanqui, em 1841, que ficou conhecida como “*Lettre à M.*

Blanqui sur la Propriété – Deuxième Mémoire”, na qual afirma que para viver como proprietário é preciso roubar o trabalho de outrem, é necessário matar o trabalhador, sendo que:

“a propriedade é a grande matriz das nossas misérias e dos nossos crimes; propriedade devoradora e antropófaga: esperteza, violência e usura, tal é a categoria dos meios empregados pelo proprietário para espoliar o trabalhador. Todas as causas de desigualdade social se reduzem a três: a) a apropriação gratuita das forças coletivas; b) a desigualdade das trocas; c) o direito ao lucro ou à fortuna inesperada. E como essa tripla maneira de susurpar os bens de outrem constitui, essencialmente, o domínio da propriedade, neguei a legitimidade da propriedade e proclamei a sua identidade com o roubo. Prego a emancipação aos proletários, a associação aos trabalhadores, a igualdade com os ricos; incito à revolução através de todos os meios que estão em meu poder: a palavra, a escrita, a imprensa, as ações e os exemplos. A minha vida é um pequeno apostolado.”¹²²

Sobre o *droit d’aubaine* e sua crítica de 1840: ***a propriedade é um roubo***, Proudhon continuará a esclarecer, como fez acima, e nos anos subsequentes, até mesmo na sua derradeira obra: ***Teoria da Propriedade*** (escrita vinte e dois anos depois, em 1862). Há um direito de propriedade, deteriorado e especulativo, e há uma

¹²¹ Hélio Falchi. *A Lei da Oferta e da Procura através dos Tempos*, p. 105;

¹²² P.-J. Proudhon: *Lettre à M. Blanqui sur la Propriété*, apud G. Gurvitch. *Proudhon*, p. 75-76;

propriedade, sendo aquele o causador da degeneração, e esta, a mola de progresso social, se – e quando – compreendida e difundida. A propriedade é um roubo, vale dizer, o direito de propriedade é um roubo, porque, gera a pobreza, o desajuste, a fome e a miséria. Os trabalhadores, urbanos ou rurais, são pobres, diria, empobrecidos e levados ao estado de precariedade.¹²³

BIBLIOGRAFIA

- FALCHI, Helio. **A Lei da Oferta e da Procura nos Tempos**. SP: Saraiva, 1957;
- FERNANDES, Florestan (dir.), PASSETI, E. e RESENDE, P.-E. A. **Proudhon**. SP: Ática, 1986;
- GURVITCH, George. **Proudhon**. Trad. de L. Jacob e J. Ramalho. Porto: Ed. 70, 1983;
- MATTIROLO, Luigi. **Principii di Filosofia del Diritto**. Torino/Napoli: TIP, 1871;
- MIRANDA, Pontes de. **Sistema de Ciência Positiva do Direito. Investigação Científica e Intervenção na Matéria Social** (1922). 4 Tomos. RJ: Borsoi, 1972;
- NARDELLA-DELLOVA, Pietro (direção e organização) et al. **Antropologia Jurídica: uma contribuição sob múltiplos olhares**. 2ª edição. São Paulo: Scortecci, 2018.
- NARDELLA-DELLOVA, Pietro (org) et al. **Direito, Mito e Sociedade**. São Paulo: Scortecci Editora, 2021.
- NARDELLA-DELLOVA, Pietro. “A **Eficácia Imediata e Direta das Normas de Direitos Fundamentais em face do Estado e das Relações Privadas**”, in Rev. Jurídica Logos, 2016, p. 41.
- NARDELLA-DELLOVA, Pietro. “**Acerca do Movimento Crítico do Direito e os Núcleos Familiares**”, in CARVALHO, Salo (org.) et al. **Para Além do Direito Alternativo e do Garantismo Jurídico**. RJ: Lumen Juris, 2016.
- NARDELLA-DELLOVA, Pietro. “**Racismo e Exclusão na Distribuição de Água: Uma Reflexão a partir da Gestão do Governo do Estado de São Paulo**”, in Revista de Direito Padre Anchieta, Ano 15, n. 23, 2015, p. 68.
- NARDELLA-DELLOVA, Pietro. “**Reflexão Jurídica sobre Direito e Sociedade**”, in GUERRA, Willis S. (org) ALTERNATIVAS POLÍTICAS AO DIREITO. RJ: Lumen Juris, 2014.
- NARDELLA-DELLOVA, Pietro. “**Terra: Uso e Abuso no Contexto Social Brasileiro**”, in Revista Jurídica Logos n. 8., 2015, p. 379.
- NARDELLA-DELLOVA, Pietro. **A Crise Sacrifical do Direito**. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da USP, 2000.
- NARDELLA-DELLOVA, Pietro. **Pierre Proudhon e sua Teoria Crítica Do Direito Civil**. São Paulo: Ed. Scortecci, 2021;
- NARDELLA-DELLOVA, Pietro. **Pierre Proudhon e sua Teoria Crítica do Direito Civil**. São Paulo: Scortecci, 2020.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Atual.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- PROUDHON, P.-J.. **Sistema das Contradições Econômicas ou Filosofia da**

¹²³ Pierre-Joseph Proudhon. *Lettera a Abram (Orchamp-Vernon) 31.5.1848*, in *Epistolario*, p. 78;

Miséria. 2 Vols. Trad. Antonio G. da Silva e
Ciro Mioranza. . SP: Escala, 2007;

PROUDHON, Pierre-Joseph. **Epistolario.**
Trad. I. Reggio. Milano: Ist. Italiano, 1917;

PROUDHON, Pierre-Joseph. **O que é a
Propriedade?.** 3ª ed.. Trad. de Marília
Caeiro. Lisboa: Estampa, de 1997;

PROUDHON, Pierre-Joseph. **Qu'est-ce
que la Propriété?** in Oeuvres Complètes.
Paris: Librairie des Sciences Politiques et
Sociales Marcel Riviere, 1926;

REVISTA DE CIÊNCIAS SOCIAIS E
JURÍDICAS – FADIPA, disponível em
<https://revistas.anchieta.br/index.php/revistadecienciasociaisejuridica/issue/archive>

REVISTA DE DIREITO CIVIL da
FADIPA, disponível em
<https://revistas.anchieta.br/index.php/RevistaDirCivil/issue/archive>

TARTUCE, Flávio. **Direito civil.** 15. ed. Rio
de Janeiro: Forense, 2019.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil.** 17.
ed. São Paulo: Atlas, 2017.

A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS E OS REFLEXOS NO DIREITO BRASILEIRO

Márcio Henrique Iotti¹²⁴

RESUMO

O avanço tecnológico trouxe inúmeros benefícios para a sociedade, mas em contrapartida deixou as pessoas em grande vulnerabilidade com relação ao uso indiscriminado de seus dados. Para que a insegurança não cresça e não se consiga mais controlar as condutas desenfreadas, o ordenamento jurídico de vários países optou pela edição de leis que contemplem a proteção dos dados das pessoas físicas. E no Brasil não foi diferente. Com a edição da Lei nº 13.709/18, a Lei Geral de Proteção de Dados, há uma tentativa de se limitar a exposição excessiva dos dados pessoais, pois os agentes de tratamento devem seguir diversos requisitos e critérios na coleta, armazenamento, distribuição e destruição dos dados das pessoas naturais.

Palavras-chave: tecnologia, direitos fundamentais, lei 13.709/18, insegurança, vulnerabilidade

ABSTRACT

Technological advancement has brought numerous benefits to society, but on the other hand, it has left people in great vulnerability with regard to the indiscriminate use of their data. So that insecurity does not grow and it is no longer possible to control rampant conduct, the legal system of several countries has opted for the enactment of laws that

contemplate the protection of data of individuals. And in Brazil it was no different. With the enactment of Law nº 13.709/18, the General Data Protection Law, there is an attempt to limit the excessive exposure of personal data, as the processing agents must follow different requirements and criteria in the collection, storage, distribution and destruction of natural persons data.

Keywords: technology, fundamental rights, law 13.709/18, insecurity, vulnerability

I – BREVE INTRODUÇÃO

O avanço das tecnologias e da internet, ocorrido nos últimos anos, criou a chamada sociedade da informação, na qual, por meio de um simples apertar de botão, a pessoa consegue fazer compras, visitar museus, acessar cadastros e expor sua vida pessoal da forma que melhor entender, nas redes sociais.

No entanto, a facilidade de acesso instantâneo e a praticidade de uso de aplicativos, e-mails e demais comodidades fornecidas pela internet, cobra um alto preço do seu usuário.

Isto porque, a pessoa que navega pela internet em sites e aplicativos, sem perceber, deixa um rastro de informações que, atualmente, desperta o interesse de vários órgãos, tanto públicos, quanto privados.

Na verdade, mediante o modo como o usuário utiliza a internet, as buscas que ele

¹²⁴ É Professor de Direito da Faculdade de Direito Padre Anchieta

faz em sites, os cadastros que ele preenche para participar de ações ou ter acesso a mais informações, os endereços que visita, enfim, toda a sua atividade na rede mundial de computadores, faz com que ele compartilhe seus dados pessoais, por meio dos quais as empresas conseguem identificar os gostos e particularidades de cada pessoa usuária da internet.

Para as pessoas comuns, a internet é um meio de diversão, entretenimento, trabalho, pesquisa e informação, mas para as empresas especializadas é uma forma de coletar o maior número de dados dos usuários, para traçar perfis e determinar formas de abordar cada pessoa com informações cada vez mais individualizadas, de acordo com o rastro deixado *on-line*.

É por tal motivo que ao pesquisarmos um celular novo, recebemos uma enxurrada de ofertas de aparelhos celulares enquanto estamos navegando na internet ou passamos a receber diversos e-mails não autorizados (os chamados *spams*) em nossa caixa de entrada.

Isso sem falar na atuação de *hackers*, que por meio de atos ilícitos, conseguem acesso ao WhatsApp, contas bancárias, e-mails e até servidores dos usuários, causando diversos prejuízos, não só financeiros, como morais.

Não há dúvidas de que a internet veio para facilitar a vida das pessoas e tem demonstrado ao longo dos anos o seu valor,

além do que trata-se de um caminho sem volta.

Contudo fica evidente que há um outro lado da moeda, em que, sem as precauções necessárias, a vida e a privacidade do usuário são devassadas com a coleta irrestrita de dados pessoais no mundo digital.

II – A PRIVACIDADE

O direito à privacidade, por seu turno, é uma garantia constitucional, insculpida no artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal, que entende ser *invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação*.

Importante, neste momento, fazer uma breve distinção entre privacidade e intimidade, apesar da dificuldade em se separar tais conceitos, inclusive pela doutrina e pelos Tribunais.

Assim, ainda que sejam conceitos correlatos, pode-se entender que a privacidade é mais ampla do que a intimidade. Na verdade, a privacidade é tudo aquilo que a pessoa revela de forma velada para terceiros e que, portanto, não deseja publicidade, trata-se da vida em comunidade, ao passo que a intimidade exclui qualquer forma de comunicação com outra pessoa.

Nas palavras de Tércio Sampaio Ferraz Jr.:

*(...) intimidade é o âmbito do exclusivo que alguém reserva para si, sem nenhuma repercussão social, nem mesmo ao alcance de sua vida privada, que, por mais isolada que seja, é sempre um viver entre os outros (na família, no trabalho, no lazer em comum (...)). Nestes termos, é possível identificá-la: o diário íntimo, o segredo sob juramento, as situações de pudor pessoal, o segredo íntimo cuja publicidade constrange.*¹²⁵

De qualquer modo, a vulnerabilidade dos usuários cresceu na mesma medida em que ocorreram os avanços tecnológicos, sendo que a vida privada e a intimidade estão cada vez mais relativizadas e deixadas de lado, em prol de mecanismos que buscam tornar as pessoas algoritmos e peças centrais de um comércio de informações.

Por outro lado, o Direito, como conjunto de normas que regulam as condutas intersubjetivas, deve acompanhar a evolução da sociedade.

É notório que a sociedade se transforma e desenvolve em velocidade muito superior às mudanças ocorridas no Direito. Em outras palavras, novos fatos sociais acontecem no seio da sociedade e somente após tais acontecimentos, quando já existem resultados e consequências concretas, é que o direito é alterado para

regulamentar as condutas e as novas relações. Mas, apesar disto ser uma característica do Direito, é fato que ele não pode se furtar de disciplinar essa nova gama de interações subjetivas, que se desenvolvem entre as pessoas.

Nas palavras de Pietro Perlingieri:

*Não existem instrumentos válidos em todos os tempos e em todos os lugares, os instrumentos devem ser construídos pelo jurista levando-se em conta a realidade que ele deve estudar (...). Cada lugar, em cada época, terá os seus próprios mecanismos.*¹²⁶

Assim, a tutela do direito à privacidade passou, nos últimos anos, a ser tema de destaque no ordenamento jurídico de vários países.

Celso Bastos entende que o direito à privacidade é:

*(...) faculdade que tem cada indivíduo de obstar a intromissão de estranhos em sua vida privada e familiar, assim como de impedir-lhes o acesso a informações sobre a privacidade de cada um, e também impedir que sejam divulgadas informações sobre esta área da manifestação existencial do ser humano.*¹²⁷

No Brasil não poderia ser diferente. Em razão de vários acontecimentos ocorridos

¹²⁵ FERRAZ, Tércio Sampaio. *Sigilo de dados: direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado*. Revista da Faculdade de Direito de São Paulo, São Paulo, v. 88, p. 439-459, jan./dez. 1993, p. 78.

¹²⁶ PERLINGIERI, Pietro. Normas constitucionais nas relações privadas. Revista da

Faculdade de Direito da UERJ, Rio de Janeiro, nº 6/7, 1998/1999, p. 63-64.

¹²⁷ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. vol. 2, São Paulo: Saraiva, 1989.

ao longo dos anos, foram criadas diversas leis abordando o direito à privacidade, criminalizando condutas de divulgação de dados íntimos sem autorização, regramdo a forma como provedores devem agir em casos de desrespeito aos direitos da personalidade, tendo sido editado, inclusive, o Marco Civil da Internet.

Mas tais leis não se mostraram suficientes para a proteção de um item, que, nos dias de hoje, possui altíssima importância e grande valor econômico, sendo chamado inclusive de “novo petróleo”: os dados pessoais.

Como dito, existem, hoje, diversas empresas cujo único objetivo é coletar o maior número de dados das pessoas, para comercializá-los. Isso faz com que os dados pessoais tenham valor econômico.

Todos já foram abordados, via e-mail, telefone ou qualquer outro meio de comunicação, por empresas oferecendo produtos e serviços, sem que a pessoa tivesse entrado em contato com referidas empresas questionando ou mostrando disposição na aquisição de qualquer bem. E a pergunta que todos fazem é: como você conseguiu os meus dados?

O grande problema é que na maioria das vezes nós mesmos fornecemos esse dado, sem nos atentarmos para tanto.

Conforme já explanado, há empresas especializadas na coleta de dados pessoais, que se abastecem com os rastros que

deixamos no mundo digital. Uma vez compilados todos esses dados, forma-se um banco de dados comercializado para bancos, operadoras de telefonia, empresas de cartão de crédito, enfim, diversas empresas que adquirem os dados pessoais com o objetivo de obtenção de lucro.

O grande problema reside na forma como os dados pessoais são utilizados. Não se sabe, ao certo, para que determinados dados são coletados e como eles serão manuseados.

Imagine as seguintes situações:

- A pessoa possui um smartwatch que afere dados de saúde do usuário, como a frequência cardíaca, o nível de esforço, entre outras informações. Agora imagine se operadoras de planos de saúde firmam contratos com as empresas de smartwatch e coletam essas informações de saúde do usuário e com base em tais dados, estipulam uma maior ou menor carência para a contratação de um seguro.

- Um idoso se aposenta perante a Previdência Social e na semana seguinte é abordado por diversas instituições financeiras oferecendo crédito consignado.

- Com base em informações colhidas em perfis de redes sociais, em que a pessoa mostra a prática de esportes radicais e perigosos, as operadoras de seguro colocam obstáculos para a contratação de seguro de vida.

As situações acima fazem parte do dia a dia de todos e as pessoas jamais imaginariam que seus dados poderiam ser utilizados das maneiras citadas, mas a verdade é que isso muitas vezes acontece.

Assim, globalmente percebeu-se a necessidade de proteção aos dados pessoais, culminando na aprovação de legislação específica nesse sentido.

III – A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS

Em nosso país, foi editada a Lei 13.709/2018, a chamada Lei Geral de Proteção de Dados, baseada na Regulamentação Geral de Proteção de Dados (GDPR) da União Europeia, que tem como objetivo orientar e conduzir da melhor forma a coleta, uso, armazenamento e processamento de dados, tanto entre entes públicos, quanto privados.

E aqui cabe a primeira observação: a LGPD não se preocupa com a coleta de dados empresariais, planos estratégicos, segredos industriais, marcas e patentes. O objetivo da Lei Geral de Proteção de Dados é a tutela dos dados pessoais das pessoas naturais, como se pode depreender de seu artigo 1º:

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de

liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

Por tratamento entende-se toda operação que seja realizada com dados pessoais, relativas à coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração. Percebe-se, desta forma, a amplitude da abrangência da Lei, que engloba todas as operações realizadas com dados pessoais.

Outro ponto que merece destaque é o fato de que a proteção trazida pela LGPD não se aplica somente para as transações e operações ocorridas no mundo virtual. Muito pelo contrário, ela protege os dados pessoais utilizados em ambientes físicos ou digitais, mas sempre que possuam cunho econômico ou financeiro, sejam eles tratados por pessoas físicas ou pessoas jurídicas.

Importante frisar que a própria Lei determina o que são dados pessoais, adotando o conceito expansionista, segundo o qual deve haver proteção não só dos dados que identificam uma pessoa, mas também daqueles que possam potencialmente tornar a pessoa identificável.

Desta forma, a Lei Geral de Proteção de Dados divide os dados pessoais em duas

categorias distintas: os dados pessoais propriamente ditos e os dados sensíveis.

O dado pessoal propriamente dito é aquele pelo qual é possível identificar ou tornar uma pessoa identificável com o seu tratamento. São os dados cadastrais, como: RG, CPF, número de passaporte, título de eleitor, certificado de reservista, carteira de trabalho e da previdência social, endereço, placa de veículo, IP de computador, profissão.

O dado sensível, por outro lado, é a espécie de dado que, em seu tratamento, pode gerar alguma forma de discriminação para o seu titular, tais como: origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico.

A distinção entre dados propriamente ditos e os sensíveis é de suma importância, eis que a Lei exige que seja realizado tratamento diferenciado desta última espécie, já que se referem à tutela dos aspectos essenciais da pessoa humana.¹²⁸

A LGPD também traz, em seu artigo 5º, os personagens envolvidos no tratamento dos dados pessoais. São eles:

1 – Titular de dados: é a pessoa natural a quem se referem os dados pessoais que são objeto de tratamento. São todas as pessoas físicas e naturais detentoras de dados pessoais, que serão tratados;

2 – Controlador: pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais. Normalmente é a empresa que recebe os dados para tratamento, sejam dados relativos a clientes ou empregados, que lhe prestam serviços e que definem a forma pela qual referidos dados serão tratados;

3 – Operador: pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, que realiza o tratamento de dados pessoais em nome do controlador. Em outras palavras, é a pessoa que efetivamente realiza o tratamento dos dados do titular, sob as ordens e determinações do controlador;

4 – Encarregado: pessoa indicada pelo controlador e operador para atuar como canal de comunicação entre o controlador, os titulares dos dados e a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD). Todas as empresas que realizam tratamento de dados precisarão ter um encarregado ou DPO (*data protection officer*), que será a pessoa responsável por ser a ponte de comunicação

128 Carlos Nelson Konder explica que: “Realizada a qualificação de dado pessoal como sensível, impõe-se a ele, além das restrições já existentes ao tratamento de qualquer dado pessoal, informações adicionais, como exigência de que o consentimento para o seu tratamento se

dê mediante forma, destaque e indicação de finalidades específicas.

KONDER, Carlos Nelson. *O tratamento de dados sensíveis à luz da Lei 13.709/2018*. In *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no Direito Brasileiro*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2020, p. 456.

entre a empresa e o titular dos dados que estão sendo por ela tratados, bem como entre a pessoa jurídica e a Autoridade Nacional de Proteção de Dados.

5 – Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD): órgão da administração pública federal, ligado à Presidência da República e que tem como função precípua zelar pela proteção dos dados pessoais, por meio de fiscalizações e autuações de controladores e operadores, que estiverem em desconformidade com a Lei Geral de Proteção de Dados ou no caso de incidentes e vazamentos de dados pessoais.

A partir da definição de cada agente e personagem de tratamento de dados, é possível verificar a preocupação dos legisladores com o tema, pois delimita de forma clara os direitos e as responsabilidades de cada um.

Assim, os titulares dos dados pessoais possuem uma série de direitos que devem ser respeitados pelos controladores e operadores. Esses direitos estão elencados no artigo 17, da Lei nº 13.709/18, sendo que os principais são: confirmação da existência de tratamento; acesso aos dados; correção de dados incompletos, inexatos ou desatualizados; anonimização, bloqueio ou eliminação de dados desnecessários, excessivos ou tratados em desconformidade

com o disposto na Lei; portabilidade dos dados a outro fornecedor de serviço ou produto; eliminação dos dados pessoais tratados com o consentimento do titular; e, revogação do consentimento.

Portanto, a Lei assegura uma série de direitos aos titulares de dados para que esses possam se sentir seguros em fornecer os dados para controladores realizarem seus respectivos tratamentos.

Como se percebe, tais prerrogativas nada mais representam do que especificações do conteúdo que tradicionalmente se atribui à noção contemporânea de privacidade. De fato, a concepção de autodeterminação informativa, pela sua própria designação, converte a privacidade, em larga medida, no direito atribuído a cada pessoa de controlar a circulação dos seus próprios dados, por meio de uma série de medidas e procedimentos.¹²⁹

Ademais, para que os titulares possam ter certeza de que seus dados estão sendo utilizados de forma adequada e para a finalidade para a qual foram cedidos, há uma série de princípios que devem ser observados pelos controladores no momento do tratamento de dados.

Os principais princípios norteadores da Lei Geral de Proteção de Dados são os seguintes, todos dispostos no artigo 6º, da Lei nº 13.709/18:

129 SOUZA, Eduardo Nunes de; SILVA, Rodrigo da Guia. Direitos do titular de dados na Lei 13.109/2018, uma abordagem sistemática. In

Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no Direito Brasileiro. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2020, p. 256.

I - finalidade: realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades;

II - adequação: compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas ao titular, de acordo com o contexto do tratamento;

III - necessidade: limitação do tratamento ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades, com abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos em relação às finalidades do tratamento de dados;

IV - livre acesso: garantia, aos titulares, de consulta facilitada e gratuita sobre a forma e a duração do tratamento, bem como sobre a integralidade de seus dados pessoais;

V - qualidade dos dados: garantia, aos titulares, de exatidão, clareza, relevância e atualização dos dados, de acordo com a necessidade e para o cumprimento da finalidade de seu tratamento;

VI - transparência: garantia, aos titulares, de informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comercial e industrial;

VII - segurança: utilização de medidas técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de

destruição, perda, alteração, comunicação ou difusão;

VIII - prevenção: adoção de medidas para prevenir a ocorrência de danos em virtude do tratamento de dados pessoais;

IX - não discriminação: impossibilidade de realização do tratamento para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos;

X - responsabilização e prestação de contas: demonstração, pelo agente, da adoção de medidas eficazes e capazes de comprovar a observância e o cumprimento das normas de proteção de dados pessoais e, inclusive, da eficácia dessas medidas.

Fica evidente que a intenção da Lei é de que o titular de dados sempre participe de forma ativa no tratamento de seus dados, sendo que os controladores devem agir com segurança e transparência nas relações.

Neste momento, é entendida a complexidade do tema proteção de dados pessoais, que envolve a própria participação do indivíduo na sociedade e leva em consideração o contexto no qual lhe é solicitada a revelação de seus dados, estabelecendo meios de proteção para as ocasiões em que sua liberdade de decidir livremente é cerceada por eventuais condicionantes. Buscava-se incluir o titular de dados em todas as fases do processo de tratamento e utilização de sua informação por

terceiros (autodeterminação informativa).¹³⁰

Desta feita, sempre que o titular de dados tiver dúvidas da forma como seu dado está sendo tratado por determinado agente de tratamento ou perceba que os princípios acima indicados estão, de alguma forma, não sendo observados ou violados, deverão entrar em contato com o encarregado, que será o responsável por esclarecer todas as dúvidas do titular e tomar as providências necessárias para adequar o tratamento aos parâmetros legais.

Da mesma forma, se a Autoridade Nacional de Proteção de Dados perceber que o controlador não está adequado à legislação ou está ferindo os direitos do titular, deverá notificar e fiscalizar tal agente de tratamento, endereçando as solicitações e requerimentos ao encarregado da empresa.

Verifica-se que:

[o papel do encarregado] vai muito além de atuar como canal de comunicação entre controlador ou o operador, os titulares dos dados e a ANPD, como previsto no conceito em estudo, pois ele será o responsável por aceitar reclamações e comunicações dos titulares, prestar esclarecimentos e adotar providências, receber comunicações da ANPD e adotar providências, orientar os funcionários e os contratados da entidade a respeito das práticas a serem tomadas em relação á

proteção de dados pessoais, e executar as demais atribuições determinadas pelo controlador ou estabelecidas em normas complementares.¹³¹

Os agentes de tratamento de dados que não estiverem adequados poderão sofrer sanções impostas pela Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) e neste ponto, vale um alerta: os agentes de tratamento poderão sofrer punição pelo simples fato de não estarem adequados, não sendo necessária para a aplicação de penalidades a ocorrência de qualquer incidente ou o efetivo vazamento de dados pessoais.

O artigo 52, da LGPD, traz as sanções administrativas que podem ser aplicadas pela ANPD. São elas:

- I - advertência, com indicação de prazo para adoção de medidas corretivas;
- II - multa simples, de até 2% (dois por cento) do faturamento da pessoa jurídica limitada, no total, a R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais) por infração;
- III - multa diária, observado o limite total a que se refere o item anterior;
- IV - publicização da infração após devidamente apurada e confirmada a sua ocorrência;

130 VAINZOF, Rony. LGPD: Lei geral de proteção de dados pessoais comentada. Coordenadores Viviane Nobrega Maldonado e Renato Ópice Blum. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2021. p. 143.

131 VAINZOF, Rony. LGPD: Lei geral de proteção de dados pessoais comentada. Coordenadores Viviane Nobrega Maldonado e Renato Ópice Blum. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2021. p. 118.

V - proibição parcial ou total do exercício de atividades relacionadas a tratamento de dados.

Pode-se perceber que as sanções são pesadas e envolvem desde uma simples advertência até a proibição de tratamento de dados.

Contudo, as sanções aplicadas pela Autoridade Nacional de Proteção de Dados não são as únicas a que os controladores e operadores estão sujeitos.

Já está ficando comum no Poder Judiciário a propositura de reclamações trabalhistas com pedidos de indenização por danos morais e até materiais, por empregados que se sentem expostos e entendem que seus dados pessoais foram vazados de forma indevida no ambiente de trabalho.¹³²

Nesse sentido, a falta de adequação à LGPD dificulta, e muito, a prova que deve ser produzida pela empresa controladora de dados pessoais, pois ela não conseguirá demonstrar para o juiz a lisura do tratamento de dados dentro de sua organização, bem como as medidas que ela tomaria caso realmente fosse constatado um incidente com sua equipe.

132 Nos autos da reclamação trabalhista 0020043-80.2021.5.04.0261, a Juíza do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região de Montenegro/RS julgou parcialmente a demanda reconhecendo que uma Cooperativa de Citricultores não estava adequada à Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) e condenou a reclamada nas seguintes obrigações:

1. Determinar que a empresa indique e nomeie encarregado;

Assim, a LGPD impacta de forma bastante contundente a área trabalhista das pessoas jurídicas.

Indo além, diversas empresas também possuem clientes pessoas físicas e para vender seus produtos ou serviços necessita coletar diversos dados pessoais destes.

Caso haja o vazamento de tais dados, o titular, cliente da empresa, que se sentir prejudicado, poderá ingressar com uma ação judicial, pleiteando indenização por danos morais e materiais, tendo, obviamente que demonstrar quais foram os prejuízos e danos sofridos.

Mas de qualquer forma, o agente de tratamento, uma vez mais, precisa estar adequado para conseguir demonstrar para o Poder Judiciário seu plano de ação, a forma que assegura o tratamento de dados dentro de seus sistemas, bem como as medidas que serão adotadas em caso de incidentes.

Algumas decisões nesse sentido já estão sendo prolatadas pelos Tribunais brasileiros.¹³³

A depender, inclusive, da gravidade do ato ocorrido com os dados das pessoas

2. Que a reclamada implemente e comprove nos autos as práticas relacionadas à segurança e sigilo de dados; sob pena de multa a ser fixada;

3. Comprovar nos autos o cumprimento das obrigações impostas, no prazo de 90 (noventa) dias, sob pena de multa diária de R\$ 1.000,00.

133 A 9ª Vara Cível de Brasília/DF, no processo: 0728278-97.2020.8.07.0001, condenou o portal Metrôpoles a remover de uma reportagem trechos que divulgavam dados pessoais, classificados como sensíveis, além de indenizar,

físicas, o representante da empresa poderá, inclusive, responder por processo crime, se ficar configurada a existência de qualquer ilícito penal.

Percebe-se, portanto, que são diversas as responsabilidades que recaem sobre os agentes de tratamento, com base na Lei Geral de Proteção de Dados.

O artigo 42 da LGPD é claro:

Art. 42. O controlador ou o operador que, em razão do exercício de atividade de tratamento de dados pessoais, causar a outrem dano patrimonial, moral, individual ou coletivo, em violação à legislação de proteção de dados pessoais, é obrigado a repará-lo.

A legislação define, ainda, que a responsabilidade entre os agentes de tratamento, especificamente, entre o controlador e o operador de dados é solidária.

A LGPD também prevê hipóteses de responsabilidade solidária dos agentes de tratamento de dados pessoais pelos danos que causarem aos titulares. A primeira hipótese, prevista no inciso I do § 1º do art. 42, prevê que o operador responde solidariamente com o controlador pelos danos causados pelo tratamento quando: (i) descumprir as obrigações da legislação de proteção de dados; ou (ii) quando

não tiver seguido as instruções lícitas do controlador.¹³⁴

Essa responsabilidade solidária merece muita atenção dos agentes de tratamento, principalmente por parte dos operadores, que poderão responder pessoalmente com seu próprio patrimônio por indenização devidas aos titulares.

Por óbvio que a responsabilidade solidária faz com que aquele que tenha que efetuar o pagamento integral da indenização para o titular dos dados tenha o direito de regresso contra o outro agente responsável, a fim de se ressarcir sua cota parte. Mas para a Lei, controlador e operador, em determinadas situações, estão em patamar de igualdade e respondem solidariamente pelos danos causados.

Não há dúvidas de que a legislação entende que o dever de indenização é imprescindível para o equilíbrio das relações que envolvam tratamento de dados pessoais, para conferir segurança e credibilidade para os titulares.

No entanto, também devem ser evitados abusos e oportunismos. Não são todos os vazamentos ou incidentes com

por danos morais, cada um dos titulares dos dados, no valor de R\$ 10.000,00. Em sua sentença o juiz asseverou: "(...) admitir que tais dados possam ser divulgados seria colocar em risco a privacidade e a segurança pessoal dos Embargantes, o que é terminantemente vedado tanto pela Constituição Federal, em seu art. 5º, X, como pela Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (lei 13.709/18, art. 2º, I, II e IV) seu art.

5º, X, como pela Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (lei 13.709/18, art. 2º, I, II e IV)".

134 ALVES, Carla Segala; GUIDI, Guilherme Berti de Campos; LILLA, Paulo Eduardo de Campos. *Contratos e cláusulas em proteção de dados. In Proteção de dados: desafios e soluções da adequação à lei*. Organizador Renato Ópice Blum. Rio de Janeiro, Forense, 2021, p. 137.

dados pessoais que devem ser passíveis de reparação e indenização. Existem aqueles menos graves, que não afetam o patrimônio e/ou a moral dos titulares.

Assim, caberá, uma vez mais, ao Poder Judiciário colocar limites e freios nos requerimentos abusivos e infundados, adequando eventuais condenações e indenização aos fatos concretos e de acordo com patamares razoáveis. Deve existir demonstração inequívoca da ocorrência de dano, sem o qual não há que se falar em reparação civil.

Fato é que boa parte dos incidentes envolvendo dados pessoais geram uma mera exposição de dados como nome, número de documentos, dados de contato e outros de menor severidade, cuja exposição, por si só, não pode ter o condão de configurar a presunção de um dano indenizável. Há que se analisar o contexto em que se deu a exposição, e a repercussão efetiva do fato, para aferir a existência de dano.¹³⁵

Por outro lado, se, por exemplo, um titular perde uma vaga de emprego por ter vazado um dado de saúde ou uma promoção na carreira, pelo fato de vazamento de sua ideologia religiosa, não há dúvidas de que tais incidentes, uma vez comprovados, devem gerar reparação na esfera civil, devendo os agentes de tratamento, que não observaram as determinações da LGPD serem punidos.

Diante de todo este cenário, fica evidente a importância da Lei Geral de Proteção de Dados nos dias de hoje, em que os dados pessoais devem ser considerados o maior patrimônio que a pessoa possui e não podem ser utilizados por terceiros de forma indiscriminada e irresponsável.

IV – CONSIDERAÇÕES FINAIS

O avanço tecnológico trouxe inúmeros benefícios para a sociedade, mas em contrapartida deixou as pessoas em grande vulnerabilidade com relação ao uso indiscriminado de seus dados.

Para que a insegurança não cresça e não se consiga mais controlar as condutas desenfreadas, o ordenamento jurídico de vários países optou pela edição de leis que contemplem a proteção dos dados das pessoas físicas. E no Brasil não foi diferente.

Com a edição da Lei nº 13.709/18, a Lei Geral de Proteção de Dados, há uma tentativa de se limitar a exposição excessiva dos dados pessoais, pois os agentes de tratamento devem seguir diversos requisitos e critérios na coleta, armazenamento, distribuição e destruição dos dados das pessoas naturais.

Caso não haja a observância dos preceitos legais, haverá punição tanto na esfera administrativa, quanto em matéria de

135 BRUNO, Marcos Gomes da Silva. *LGPD: Lei geral de proteção de dados pessoais comentada*. Coordenadores Viviane Nobrega

Maldonado e Renato Ópice Blum. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2021. p. 348.

reparação civil de danos materiais e morais causados aos titulares dos dados.

Essas medidas devem realmente ser adotadas, pois garantirão e privilegiarão o direito à privacidade, insculpido no artigo 5º, da Constituição Federal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. Comentários à Constituição do Brasil. vol. 2, São Paulo: Saraiva, 1989.

BLUM, Renato Ópice. Proteção de dados: desafios e soluções da adequação à lei. Rio de Janeiro, Forense, 2021.

BLUM, Renato Ópice; MALDONADO, Viviane Nóbrega. LGPD: Lei geral de proteção de dados pessoais comentada. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2021.

FERRAZ, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. Revista da Faculdade de Direito de São Paulo, São Paulo, v. 88, p. 439-459, jan./dez. 1993.

FRAZÃO, Ana. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no Direito Brasileiro. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2020.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Direito, processo e tecnologia. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2020.

MALDONADO, Viviane Nóbrega. LGPD: Lei Geral de Dados Pessoais. Manual de Implementação. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2019.

PERLINGIERI, Pietro. Normas constitucionais nas relações privadas. Revista da Faculdade de Direito da UERJ, Rio de Janeiro, nº 6/7, 1998/1999.

Revistas:

REVISTA DE DIREITO CIVIL da FADIPA, disponível em <https://revistas.anchieta.br/index.php/RevistaDirCivil/issue/archive>

**O ECA, OS DIREITOS
FUNDAMENTAIS DO
ADOLESCENTE E O DEBATE
SOBRE REDUÇÃO DA MAIORIDADE
PENAL**

*Marcos Bandeira*¹³⁶

RESUMO

A redução da maioridade penal é a solução para conter o aumento da delinquência juvenil em nosso país? O objetivo desse artigo é debater esse aspecto, desnudando o menor infrator para mostrar a sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento e as dificuldades que enfrenta diante de um contexto socioeconômico adverso, permeado

¹³⁶ Marcos Antônio Santos Bandeira, nascido no dia 24.01.1961, em Bom Jesus da Lapa-BA, Graduado pela UESC – Universidade Estadual de Santa Cruz – Ilhéus-BA, em 1984. Especialista em Direito Processual Civil pela UESC; Especialista em Ciências Criminais pela Universidade Nacional do Amazonas; Mestre em Segurança Pública, Justiça e Cidadania pela UFBA; Doutorando em Direitos Humanos pela Universidad Nacional Lomas de Zamora, Argentina. Juiz De Direito aposentado; Professor concursado da UESC, das Disciplinas Direito da Criança e do Adolescente e de Direito Processual Penal. Professor do Curso de pós-graduação em ciências Criminais da FTC, Itabuna; EX-Membro da Coordenadoria da Infância e Juventude do Tribunal de Justiça da Bahia; Ex-Membro do Grupo de Monitoramento e Fiscalização de Presídios e Unidades de Medidas Socio-educativas do Tribunal de Justiça da Bahia; Ex- presidente e membro efetivo da Academia de Letras de Itabuna; Conselheiro da Associação Brasileira dos Magistrados da Infância e Juventude; Membro da Associação Internacional de Magistrados da Juventude e da Família; **Livros Publicados:** Guarda e Tutela na Prática Forense. Belo Horizonte: Nova Alvorada, 1998; Adoção na Prática Forense. Ilhéus: Editus, 2001; ATOS INFRACIONAIS E MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS: uma leitura dogmática, crítica e constitucional. Ilhéus: Editus, 2006; Tribunal do Júri .Ilhéus-BA: Editus, 2010; Coautor do livro coletânea Princípios Constitucionais Penais org: Ricardo Augusto

pela exclusão social e pela vulnerabilidade. Existe outro caminho capaz de responsabilizá-lo de forma eficiente pela sua conduta antissocial, principalmente naqueles atos infracionais análogos a crimes hediondos? Este artigo aponta caminhos, inclusive no ECA, Estatuto da Criança e do Adolescente, que não só poderá sancioná-lo de forma efetiva, mas criar condições para que o adolescente em conflito com a lei seja inserido no sistema de garantias de direitos, transformando sua vida, interrompendo sua carreira infracional e tornando-o um sujeito autônomo e participativo em nossa sociedade.

Palavras-Chaves: *adolescente. Infrator. Redução, maioridade. Penal. Sistema.*

ABSTRACT

Shimith. Salvador: Juspodivm, 2006; Co-autor do Livro Legislação Simbólica : uma realidade constatada. Org: Geraldo Lavigne de Lemos .Salvador: Dois de Julho, 2012. **Principais Artigos científicos:** Liminares na Ordem Jurídica Brasileira. Revista Ciências Jurídicas. Vol. 47. Belo Horizonte-MG., 1990; A Execução Penal e os Direitos Fundamentais do Preso. Dikê, Revista especializada do Curso de Direito da UESC.Ilhéus-BA, 2003; Não Aplicação do Princípio non reformatio in pejus no Reexame Necessário . Diké - Revista Especializada do Curso de Direito da UESC. Ilhéus: editus, 2004; Prescrição Antecipada Numa Perspectiva Processual Constitucional. IOB. Nº 16, vol. III – São Paulo-SP. 2ª Quinzena – Agosto, 2005; Conscientização Ecológica e os Direitos Ambiental no Brasil . IOB – DCAP, nº 12 –São Paulo-SP: Dezembro, 2005; O Tribunal do Júri do sec. XXI – Revista Consulex. Brasília-DF – 2ª quinzena de dezembro de 2005; Os poderes instrutórios do juiz no processo penal: juiz protagonista ou juiz-espectador. Revista dos Magistrados do Tribunal de Justiça da Bahia. Salvador-BA, agosto, 2006; A Quebra Positiva do Princípio da Igualdade no Processo Penal. Revista Entre Aspas. Salvador: Universidade Corporativa do TJBA, março de 2013; O Princípio da Presunção da Inocência como Norma de Tratamento No Processo Penal Brasileiro. Revista Entre Aspas. Salvador: Universidade Corporativa do TJBA, janeiro de 2014.

Is lowering the age of criminal responsibility the solution to contain the increase in juvenile delinquency in our country? The objective is to discuss this aspect, laying bare the adolescent offender to show his peculiar condition as a person in development and the difficulties he faces in an adverse socioeconomic context, permeated by social exclusion and vulnerability. Another way that is capable of efficiently holding him responsible for his antisocial behavior, especially in those infractions that are analogous to heinous crimes? This article points out ways, including in the ECA Statute itself, which will not only be able to sanction it effectively, but above all create conditions for adolescents in conflict with the law to be inserted into the system of guarantees of rights, transforming their life, interrupting his criminal career and making him an autonomous and participatory subject in our society.

Keywords: *adolescent. offender. Reduction, majority. criminal. System.*

INTRODUÇÃO

É comum se ouvir o discurso da redução da maioridade penal toda vez que a mídia noticia fatos graves praticados por adolescentes, principalmente quando se trata

de extorsão mediante sequestro, roubos ou homicídios, como foi o caso do menor Champinha que confessou ter matado o casal de estudantes Liana e Felipe. O clamor provocado pela mídia estimula as pessoas a se unirem e saírem às ruas para empunharem a bandeira da redução da maioridade penal para 14, 15 ou 16 anos, acreditando na falsa sensação de que essa redução cessará a questão da impunidade e resolverá todos os males econômico-sociais do imenso Brasil.

Essa corrente já contou com o apoio majoritário de entidades expressivas do País, como a OAB, na qual 89% dos pesquisados manifestaram opinião a favor de reduzir a maioridade para 16 anos, assim como 75% dos **juízes brasileiros**¹³⁷. Hoje, a questão esmaeceu, mas sempre que um adolescente é flagrado cometendo um ato infracional com violência ou grave ameaça à pessoa, o assunto volta à discussão e o caminho apontado para a solução do problema é sempre a redução da maioridade penal. Entende-se, todavia, que o tema merece uma

¹³⁷ Basta lembrar que, na ampla pesquisa de opinião realizada junto à magistratura nacional, constatou-se que 75% dos juízes brasileiros são favoráveis à redução da idade para efeito de imputação penal. O Instituto Vox Populi, na pesquisa encomendada pela Confederação Nacional dos Transportes – CNT, divulgada em novembro de 1999, ainda sob o impacto das frequentes rebeliões ocorridas na FEBEM de São Paulo, revelou que nada menos do que 84% dos entrevistados deseja que os menores de 16 anos respondam criminalmente pelos atos infracionais praticados. A sua vez, deputados paulistas, estudantes e parentes das vítimas da violência em São Paulo recolheram, num só dia,

26,2 mil assinaturas a favor da redução da maioridade penal dos atuais 18 anos para 14 anos. O movimento Crime não tem idade – Maioridade aos 14 anos foi lançado, em novembro de 1999, na Praça do Ibirapuera, na capital paulista. (Alguns aspectos Polêmicos do Estatuto, Tarcísio José Martins Costa). Recente pesquisa da Ordem dos Advogados do Brasil 89% dos entrevistados manifestaram concordância com a tese da redução da maioridade penal para 16 anos” (Luiz Flávio Gomes “Preservar o ECA, porém, com razoabilidade” 32.12.2003)

análise mais aprofundada e contextualizada, menos emocionada e mais ponderada.

ADOLESCENTE – PECULIAR CONDIÇÃO DE DESENVOLVIMENTO

É sabido que o jovem adolescente de hoje não é o mesmo de algumas décadas atrás, pela dinâmica da vida moderna e pelo arsenal de informações que recebe, diariamente, seja pela *internet*, televisão, jornais, escolas, etc., encontrando-se, portanto, com capacidade de entender o caráter criminoso do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento. O adolescente com 16 anos de idade pode votar, bem como praticar alguns atos da vida civil sem assistência de seus pais ou representante legais, pois é apenas relativamente incapaz, podendo, inclusive, emancipar-se, pelo casamento, exercício de emprego público efetivo, relação de emprego, pela efetivação de estabelecimento civil ou comercial, ou conclusão de curso superior, quando então poderá praticar todos os atos da vida civil, detendo, assim, o discernimento para entender o que é bom e o que é ruim, justo e injusto.

Não há dúvidas de que o adolescente de hoje está muito bem informado e melhor preparado do que o adolescente dos anos 70, entretanto, a questão não é só de informação, mas de formação; não é só de razão, mas de

equilíbrio emocional; não é de compreensão, mas de entendimento. Indaga-se: será que o adolescente de 15 ou 16 anos age refletidamente? Será que pensa, refletidamente, antes de agir? Ou é, por excelência, inconsequente, por força mesmo da sua incompletude, de sua imaturidade? Somente o tempo é capaz de edificar mecanismos que habilitem o homem a refletir, a ponderar, a mensurar suas ações.

O jovem precisa de tempo para amadurecer, como, ontologicamente, acontece com a fruta que ainda não amadureceu, e só dá no tempo certo. A natureza não dá saltos, isto é, *natura non facit saltus*, e a criança precisa de tempo para ser adolescente, e o adolescente precisa de tempo para ser um adulto maduro.

Quantos jovens, inclusive no esporte, demonstram extraordinário talento, mas ainda se mostram imaturos, vão precisar de experiência e de vivências, que só o tempo vai lhes dar, para adquirir a excelência naquilo que fazem. O adolescente é irreverente, inconsequente e acredita que é imortal. Nada o desencoraja na realização de seus sonhos de aventuras. Age primeiro, para depois refletir e pensar no que aconteceu. Erik

Erikson, citado por José Outeiral¹³⁸, preleciona que:

“A fronteira entre o normal e o patológico na adolescência é uma questão crucial e difícil. Ele considera que a adolescência constitui uma crise normativa, ou seja, um momento evolutivo que se caracteriza por um processo normativo de estruturação de identidade do indivíduo...sugere que o mundo adulto dê uma moratória ao adolescente em conflito”.

Donald Winnicott, no mesmo sentido, considera que o melhor tratamento para a adolescência é o tempo. Como se observa, a adolescência é uma fase especial, na qual o ser humano experimenta transformações extraordinárias em seu corpo, mediante o metabolismo interno de seus órgãos, glândulas e hormônios, que desencadeiam uma mudança no corpo infantil com repercussões diretas na mente do adolescente, despertando-o para a sexualidade, estabelecimento de vínculos afetivos e outras situações características de sua idade. O psicanalista José Outeiral¹³⁹, em sua excelente obra, percebe essa particularidade:

“Vive o adolescente, neste momento evolutivo, a perda de seu corpo infantil, com uma mente ainda infantil e com um corpo que vai se fazendo inexoravelmente

adulto, que ele teme, desconhece e deseja e, provavelmente, que ele percebe aos poucos diferente do que idealizava ter quando adulto. Assim, querendo ou não, o adolescente é levado a habitar um novo corpo e a experimentar uma nova mente”.

A expressão “adolescência” origina-se do latim *ad* (a, para) e *olescer* (crescer), significando o ser humano que está em fase de crescimento, de evolução. Segundo a Organização Mundial de Saúde, a adolescência é constituída de duas fases: a primeira fase compreende o período dos 10 aos 16 anos, e a segunda fase, dos 16 aos 20 anos. O psicanalista José Outeiral considera “que sendo a adolescência um processo psicossocial, ela estará na dependência dos aspectos sociais, econômicos e culturais da sociedade na qual o adolescente se desenvolve”¹⁴⁰. Seguindo a diretriz de Piaget¹⁴¹, no processo de interação com o ambiente, a criança, gradualmente, desenvolve estruturas psicológicas. Consoante o escólio do psicanalista José Outeiral, a adolescência é composta de três etapas, cujo início e fim não são muito precisas, quais sejam:

. “A adolescência inicial (de 10 a 14 anos) é caracterizada, basicamente, pelas transformações corporais e alterações psíquicas

¹³⁸ ERIKSON, Erik. Apud Outeiral, José. *Adolescer: estudos revisados sobre adolescência*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revinter, 2003. p. 23.

¹³⁹ WINNICOTT, Donald. Apud de Outeiral, José. Ob. Cit. p. 23.

¹⁴⁰ OUTEIRAL, José. Ob. Cit. p. 8.

¹⁴¹ PIAGET, j. apud BIAGGIO, Ângela M. Brasil. *Psicologia do Desenvolvimento*. Petrópolis: vozes, 1981. pp 46

*derivadas desses acontecimentos;
. a adolescência média (de 14 a 17 anos) tem como seu elemento central as questões relacionadas à sexualidade, em especial a passagem da bissexualidade para a heterossexualidade.
. a adolescência final (de 17 a 20 anos) tem vários elementos importantes, entre os quais o estabelecimento de novos vínculos com os pais, a questão profissional, a aceitação do novo corpo e dos processos psíquicos do mundo adulto”.*

O psicanalista gaúcho Luiz Carlos Osório¹⁴², em seu livro *Adolescência Hoje*, reconhece a dificuldade em precisar o término da adolescência, mas arrisca algumas condições, como se infere:

“A puberdade estaria concluída, e com ela o crescimento físico e o amadurecimento gonadal (que permite a plena execução das funções reprodutivas), em torno de 18 anos, coincidindo com a soldadura das cartilagens de conjugação das epífises dos ossos longos, o que determina o fim do crescimento esquelético.

O término da adolescência, a exemplo do seu início, é bem mais difícil de determinar e novamente obedece a uma série de fatores de natureza sociocultural. Tentando discriminar quais os elementos mais universais na atualidade que nos possibilitaram assinalar o término da adolescência, relaciono o preenchimento das seguintes condições: 1) estabelecimento de uma identidade sexual e possibilidade de estabelecer relações afetivas estáveis; 2)

capacidade de assumir compromissos profissionais e manter-se (independência econômica); 3) aquisição de um sistema de valores pessoais (moral própria); 4) relação de reciprocidade com a geração precedente (sobretudo com os pais). Em termos etários, isto ocorreria por volta dos 25 anos na classe média brasileira, com variações para mais ou para menos consoante as condições socioeconômicas da família de origem do adolescente”.

DIREITO FUNDAMENTAL – INIMPUTABILIDADE PENAL. CLAÚSULA PÉTREA.

No ordenamento jurídico penal brasileiro, é imputável aquele que tem capacidade de entender – capacidade intelectual – e de determinar-se de acordo com esse entendimento – capacidade volitiva -, tendo o nosso Código Penal de 1940 adotado o critério biopsicológico ou misto, pelo qual são inimputáveis os portadores de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, aí incluídos os menores de 18 anos, porquanto ao tempo da ação o agente era incapaz de entendimento ético-jurídico do injusto e da autodeterminação. Segundo o pranteado penalista José Pierangeli¹⁴³:

“... imputabilidade é a capacidade pessoal de se tornar objeto de

¹⁴² OSÓRIO, Luiz Carlos. *Adolescente hoje*. Porto Alegre: Artmed, 1992. p. 54.

¹⁴³ PIERANGELI, José Henrique. Menoridade – artigo – *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*. Porto Alegre: síntese. Ano IV – nº 20 – jun/jul 2003. p. 22.

censura, isto é, de reunir capacidade de culpabilidade. Essa capacidade é a liberdade que fundamenta a reprovabilidade e está só se pode pressupor num indivíduo cujas características pessoais o habilitem a adequar seu comportamento aos ditames do direito”.

O eminente jurista, embora reconhecendo que o Código Penal Brasileiro adotou o critério biopsicológico ao aceitar que “a pessoa humana, por sua imaturidade, não possui poder intelectual e volitivo durante parte de sua vida biológica (...) e que a imputabilidade penal aos 18 anos prepondera nas legislações atuais da maioria dos países”, assevera que o legislador brasileiro adotou um critério “apriorístico e sem uma efetiva base científica”. Ouso, com todas as vênias, discordar do entendimento do eminente jurista, pois como já tive oportunidade de discorrer, a adolescência representa uma fase de crescimento, de incompletude, de construção do ser, cujo término, sem quaisquer controvérsias entre os estudiosos da matéria, ultrapassa a faixa etária dos 18 anos.

Essa sua condição de pessoa em desenvolvimento, que ainda está construindo a sua estrutura psicológica, a sua inteligência emocional, é a base científica que levou o legislador constituinte a erigir em presunção absoluta de inimputável o menor de 18 anos de idade, elevando-a à condição de garantia individual, nos termos do Art. 228 da CF, considerando que o rol de garantias

individuais não se exaure no elenco do Art. 5º da Carta Magna, ampliando-se para outros direitos inerentes à pessoa humana, nos termos preconizados pelo § 2º do Art. 5º, pelo que a garantia da inimputabilidade penal para crianças e adolescentes – Art. 228 da CF -, embora inserida no capítulo “Dos Direitos Sociais”, é uma verdadeira garantia individual para crianças e adolescentes, constituindo-se em cláusula pétrea, a qual não pode ser abolida nem por emenda constitucional, a teor do que dispõe o art. 60, § 4º, IV da Constituição Federal de 1988.

O DIREITO COMPARADO E O DIREITO INFRACIONAL NO BRASIL

Não bastasse essa garantia individual inserida na lei suprema, a Convenção da ONU sobre os Direitos da Criança, subscrita por mais de 180 países, incluindo o Brasil, estabeleceu como consenso mundial a imputabilidade penal aos 18 anos. Esse critério vem sendo adotado pela maioria das legislações mundiais, como México, República Dominicana, Uruguai, Porto Rico, Equador, Venezuela, Espanha, dentre outros. É bem verdade que outros países vêm adotando a imputabilidade penal aos menores de 18 anos, como Itália (14 anos), França (13 anos), Finlândia (15 anos), Suécia (15 anos), Japão (14 anos), mas, normalmente, exigem para os menores de 18 anos a comprovação, em Juízo, de que

praticaram o crime sem a capacidade de discernimento e acabam cumprindo a pena em estabelecimentos especiais diversos daqueles destinados aos adultos.

Analisando-se sob esse prisma, pode-se afirmar, então, que no Brasil, a imputabilidade começa aos 12 anos, já que a partir dessa faixa etária o adolescente poderá sofrer uma sanção restritiva, como prestação de serviços à comunidade, reparação de danos, liberdade assistida ou privativa de liberdade, como as medidas socioeducativas de semiliberdade e internação, as quais são cumpridas em estabelecimentos diversos daqueles destinados aos imputáveis e têm caráter retributivo. Nesse sentido, o jurista e juiz fluminense Guaraci Vianna¹⁴⁴, como profundo conhecedor da matéria, sustenta que a responsabilidade penal no Brasil já começa aos doze anos de idade, como se infere do texto abaixo extraído de seu artigo científico:

“Dessa forma, a responsabilização penal no direito brasileiro começa aos 12 anos de idade. O adolescente pode ser privado de sua liberdade, responder a um processo infracional (ou criminal) e estar sujeito a uma medida socioeducativa (que não deixa de ter algumas similitudes com as penas impostas aos adultos (...)) surge, então, para o adolescente (maior de 12 anos), o conceito de

responsabilização ou a capacidade para sofrer sanção...”

Na verdade, é necessário acabar com essa ideia de que os menores de 18 anos, no Brasil, não sofrem sanção por seus atos. Essas sanções, embora de conteúdo, preponderantemente, pedagógico – em face da condição especial do adolescente de ser em desenvolvimento – possui inegável carga retributiva, pois expiam, experimentam restrições e privações em face do ato infracional praticado, sendo, portanto, falacioso o argumento de que os menores de 18 anos não são punidos pela prática de seus atos. O jurista Luiz Flávio Gomes¹⁴⁵ compartilha desse entendimento, como se observa:

“No imaginário popular brasileiro difundiu-se equivocadamente a idéia de que o menor não se sujeita a praticamente nenhuma medida repressiva. Isso não é correto. O ECA prevê incontáveis providências sócio-educativas frente ao infrator (advertência, liberdade assistida, semiliberdade etc). Até mesmo a internação é possível, embora regida (corretamente) pelos princípios da brevidade e da ultima ratio (última medida a ser pensada e adotada). A lei concebe a privação da liberdade do menor quando se apresenta absolutamente necessária”.

Aferida a adolescência como uma fase de desenvolvimento do ser humano, com

¹⁴⁴ VIANNA, Guaracy de Campos. *Incapacidade Penal, O ECA e o Código Civil*. Disponível em: <http://www.abraminj.org.br>. Acesso em: 30.04.2006.

¹⁴⁵ GOMES, Luiz Flávio . Preservar o ECA, com razoabilidade. Artigo. www.juspodvm.com.br 12.02.2006

transformações extraordinárias experimentadas no corpo e na mente do jovem que caminha em busca de sua identidade, construindo, gradualmente, a sua personalidade, e experimentando, ao longo desse percurso, turbulências, ansiedades e desafios, é curial que se contextualize o adolescente em conflito com a lei, mostrando a sua cara, sua história e o sistema repressivo pátrio, para se entender se é conveniente a redução da maioria penal em nosso país.

O ADOLESCENTE E O SEU CONTEXTO SOCIOECONÔMICO

Na verdade, a descomunal desigualdade social, consequência da má distribuição de rendas e da cruel política econômica imposta ao País pelo capital estrangeiro, fez nascer o submundo dos adolescentes infratores, meninos e meninas que perambulam pelas ruas, à margem da sociedade, vítimas de rejeição, do abandono e que, pelo fato de não pertencerem à sociedade de consumo, criam suas próprias leis e reagem com agressividade, devolvendo à sociedade a violência de que foi vítima. Em estudo divulgado pela ONU, foi revelado que o Brasil possui cerca de 50 milhões de indigentes, ou seja, proporcionalmente, para quase cada três brasileiros, um sobrevive em

estado de pobreza extrema, com renda inferior a R\$ 100,00. Esse quadro da pobreza no Brasil recrudescer, principalmente depois da pandemia da covid-19.

A desigualdade social é tão gritante que os 20% mais ricos têm 33 vezes mais que os 20% mais pobres, colocando o Brasil no grupo de Guiné-Bissau, Guatemala e Lesoto, enquanto na Alemanha a diferença é de seis vezes, e no Japão a diferença é de quatro vezes. Com efeito, e dentro dessa realidade nua e crua, é que o eminente jurista e juiz da Vara da Infância e Juventude de Belo Horizonte, Tarcísio Martins¹⁴⁶, percebeu a seletividade do sistema criminal pátrio, ao prelecionar:

“Se a principal característica dos sistemas de controle social, em qualquer país do mundo, é a seletividade, esta se faz tanto mais expressiva quanto maior o contingente populacional dos chamados excluídos, isto é, daqueles que, historicamente, jamais tiveram acesso a condições mínimas de bem-estar e de dignidade e, que, portanto, nunca se reconheceram ou foram reconhecidos como cidadãos plenos pela sociedade e o Estado. O contingente atingido pela exclusão já alcança 32 milhões de pessoas no Brasil e 260 milhões na América Latina. São os diminuídos econômicos, sociais, políticos e culturais, chamados cidadãos de segunda classe, incapazes de exercer a cidadania enquanto direito de ter direitos. Daí que

¹⁴⁶ COSTA, Tarcísio José Martins. Aplicabilidade das Normas aos Grupos Subculturais da Menoridade Marginalizada.

Disponível em: <<http://www.tj.mg.gov.br/institucional>>. Acesso em: 30.06.2005

certos setores da sociedade e do próprio Estado passam a considerá-los como cidadãos descartáveis, encarando como natural a sua degradação pessoal e social e até mesmo o seu extermínio”.

Como se depreende, é nesse contexto que é necessário vislumbrar o adolescente em conflito com a lei, o jovem ainda em processo de desenvolvimento de sua personalidade, que se depara com essa realidade injusta e cruel, na qual lhe é negado o elementar direito de ser criado num ambiente digno e adequado para o pleno desenvolvimento de suas potencialidades físicas, intelectuais, morais e espirituais. Destarte, oriundo de família desestruturada, muitas vezes fruto de uma paternidade irresponsável, o jovem cresce e introjeta valores diferentes daqueles passados por uma família normal. Algumas vezes, é filho de uma prostituta ou de pai ignorado, ou mesmo presidiário, sendo criado por avós ou algum parente mais próximo, que movido pelo estado de indignação, ainda empurra a criança para pedir esmola nas ruas para que todos possam comer. Se for menina, a falta de uma orientação, de um referencial, de algum valor, aliado à vida dura e cruel é um passo para a prostituição e para as drogas, enquanto os meninos conhecem outros garotos inclinados para a delinquência, e são cooptados, muitas vezes, por traficantes,

enveredando para a prática de pequenos furtos, uso de drogas, até chegar à prática de atos infracionais violentos. Essa é a dura realidade enfrentada por todos aqueles que mourejam nas Varas de Infância e Juventude de nosso país. O grande desafio: transformar a vida desses adolescentes, evitando que se tornem marginais irre recuperáveis. É bem verdade que essa situação não é exclusiva do Brasil, mas grassa em toda a América Latina, conforme se infere pelo ensinamento de Maria de Los Angeles Pérez Ferreiro¹⁴⁷:

“Los procesos económicos y políticos pautan modelos de desarrollo a seguir que provocan desajustes sociales y desorganización, generando grupos subculturales, marginales, donde los individuos se agrupan dando respuesta a sus necesidades. Las normas culturales y jurídicas refuerzan los valores y pautas dominantes, provocando también el etiquetamiento y favoreciendo la marginalidad y el estigma. Hablar de marginal en América Latina es decir pobreza, miseria y asistir al espectáculo de numerosos habitantes que viven en condiciones deficientes, totalmente reñidas con la dignidad humana. De ellos se nutre el sistema repressivo, ellos se constituyen en desviados cuando violan las normas”.

Não há dúvida de que reduzir a maioria penal para 16 anos é agravar ainda mais a situação do adolescente em

¹⁴⁷ Apud COSTA, Tarcísio José Martins. Aplicabilidade das Normas aos Grupos

Subculturais da Menoridade Marginalizada. Internet. www.tj.mg.gov.br. 30.06.2005

conflito com a lei, pois como se não bastasse a sua condição de pessoa em desenvolvimento, ainda sobrevive à margem de uma sociedade desigual e cruel, que lhe nega o direito de ser cidadão. O jovem que cresce à margem da sociedade tem outras referências e, muitas vezes, em sua consciência, pequenos furtos, como pegar um cordão de ouro ou uma bolsa, não chegam a ser um ato antissocial, mas uma forma de sobreviver, pois foi assim que aprendeu nas ruas.

Como sustenta o jurista Tarcísio Martins¹⁴⁸, não é a capacidade de compreender o caráter ilícito do fato que dará ao adolescente a condição de responder penalmente pelo fato delituoso que praticar, mas a sua capacidade de entendimento, ou melhor, de agir refletidamente. Diz o ilustre jurista mineiro, na sua obra já referida:

“Finalmente, é importante ressaltar que ninguém discute que o jovem de nossos dias é bombardeado diariamente por uma grande massa de informações. Inconcebível há alguns anos atrás, é capaz de compreender a natureza ilícita de determinados atos. É evidente que não só os jovens de 16 anos, mas também os de 14, 12 ou 10 anos, e até mais cedo, sabem o que fazem. Não desconhecem que matar, roubar, estuprar e tantas outras condutas são reprováveis e criminosas. Por outro lado, também não se pode desconhecer que a principal característica do

adolescente, em virtude de todo um complexo de condições físicas e psicológicas peculiares, é a notória incapacidade de agir refletida e pensadamente, sem medir as conseqüências de seus atos, razão pela qual não pode ser equiparado ao adulto como pessoa capaz de responder penalmente pelos atos praticados em violação à lei, capacidade esta que o homem só adquire, progressivamente, depois de atingir o desenvolvimento completo”.

Acolho, integralmente, esse posicionamento, pois em se tratando de um ser humano em processo de desenvolvimento biopsicossocial, não é, evidentemente, o volume de informações que lhe dará a capacidade de entender o caráter lícito do fato e de se comportar de acordo com esse entendimento, pois esse entendimento só o tempo, gradualmente, lhe propiciará em dado momento a maturidade necessária para agir refletidamente.

CRIMINOLOGIA – SISTEMA SELETIVO

Ademais, nesse contexto, o sistema seletivo funciona, na visão de Juarez Cirino dos Santos, “Como um processo de marginalização social para atingir uma determinada clientela, que está precisamente entre os mais desfavorecidos da sociedade”¹⁴⁹. Com certeza, estar-se-ia

¹⁴⁸ COSTA, Tarcísio José Martins. Ob. Cit.

¹⁴⁹ SANTOS, Juarez Cirino. Violência Institucional. *Revista de Direito Penal: Forense*, vol. 28. p.43

agravando ainda mais a situação social do país e a vida desses adolescentes, em conflito com a lei, enchendo as penitenciárias com jovens que poderiam, ainda, se tornar cidadãos. O sistema penitenciário está falido, pois não vem cumprindo as finalidades de prevenção geral e especial, nem tampouco de ressocializar, o que transformaria as cadeias públicas em depósitos de adolescentes, os quais sairiam especializados na prática de crimes, em face do contacto nefasto com meliantes da mais alta periculosidade, como traficantes, latrocidias e estupradores, enfim, com as grandes facções criminosas que vicejam dentro dos presídios do Brasil.

Não se vê como essa seja a melhor solução para a nossa realidade, pois, só iria aumentar a violência em nosso meio, com a reincidência maciça desses jovens na prática delituosa. Entende-se que o ECA é uma das mais avançadas legislações do mundo e a melhor solução será, sem dúvidas, o seu aperfeiçoamento, identificando-se as suas falhas e ajustando o seu normativo para a atual realidade social em constante mutação. Impõe-se, por exemplo, a ampliação do prazo máximo de internamento nos atos infracionais análogos a crimes hediondos, que poderia ser majorado para cinco anos e até ultrapassar os 21 anos, quando, em face das circunstâncias e da alta periculosidade do

jovem, a medida se mostrar absolutamente necessária. O período mínimo de avaliação poderia ser majorado para um ano e o juiz poderia decretar o internamento em casos graves, mesmo que praticados sem violência ou grave ameaça, como é o caso de tráfico de drogas, associação para o tráfico, estelionato e outros delitos graves praticados sem violência.

O Estado deveria investir mais na estruturação dos Centros de Internamento destinados a adolescentes infratores, dotando-os de melhor estrutura física e humana, com equipe interdisciplinar que pudesse fazer acompanhamento psicossocial junto ao adolescente e sua família, como forma de reorientar o seu caminho e afastá-lo do mundo da criminalidade e das drogas, fomentando o exercício de atividades pedagógicas, esportivas, de lazer e profissionalizantes. O juiz e jurista Tarcísio Martins¹⁵⁰ apresenta uma proposta de mudança da seção VII, da Internação do ECA, que parece adequada e consentânea com o momento atual, merecendo apenas algumas alterações, principalmente no que toca ao limite da maioridade, cujo esboço é o seguinte:

*“Seção VII
Internação*

¹⁵⁰ COSTA, Tarcísio José . *Alguns Aspectos Polêmicos do Estatuto*. Disponível em:

<<http://www.tj.mg.gov.br/institucional>>. Acesso em: 30.03.2005.

“121 – A internação constitui medida privativa de liberdade, sujeita aos princípios da brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, que visa conciliar os objetivos educativos e de reintegração sociofamiliar do adolescente infrator com a preservação da paz social e a garantia da ordem pública.

§ 1º - Omissis

§ 2º - A medida não comporta prazo determinado, devendo sua manutenção ser reavaliada, mediante decisão fundamentada, a cada doze meses, ou a qualquer tempo, se o determinar o juiz da sua execução.

§ 3º - Em caso de reavaliação favorável, o adolescente deverá ser colocado em regime de semiliberdade ou liberdade assistida.

§ 4º - O adolescente que atingir três anos de privação da liberdade sem que tenha sido revogada a medida, terá a internação prorrogada por mais um ano, mediante decisão fundamentada, podendo o juiz a qualquer tempo determinar a colocação em regime de semiliberdade ou de liberdade assistida.

§ 5º Findo o período de prorrogação, o adolescente deverá ser colocado nos regimes previstos no parágrafo anterior.

§ 6º Se for imputado ato infracional considerado de maior gravidade pelas circunstâncias do fato e condições pessoais, a um adolescente com mais de dezesseis e menos de dezoito anos de idade ao tempo da perpetração e, atingindo o limite de três anos estabelecido no § 4º, sem que tenha sido revogada a medida em razão de grave deformação da personalidade, o juiz, em decisão fundamentada, poderá prorrogá-la por mais um ano ou até a maioridade.

§ 7º Completada a maioridade sem que tenha ocorrido a revogação, o

sentenciado será transferido para colônia ou para instituição de trabalho, de reeducação ou ensino profissional destinada ao jovem adulto, onde permanecerá à disposição do juiz das Execuções Penais, que determinará a reavaliação, no máximo, a cada seis meses, não podendo o prazo de permanência na entidade exceder a dois anos, assegurados todos os direitos previstos na Lei das Execuções Penais, desde que atendidos os requisitos legais para a sua concessão.

§ 8º - Em qualquer fase do cumprimento da medida, evidenciado o estado mental patológico do adolescente, que possa colocar em risco a sua própria incolumidade física ou a de outros, poderá o juiz decretar o seu recolhimento em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, na sua falta, em outro estabelecimento dotado de características hospitalares, se essa providência for indispensável para fins de tratamento curativo.

§ 9º - A internação referida no parágrafo anterior poderá ser substituída por tratamento ambulatorial pelo prazo mínimo de um ano e máximo de três anos.

§ 10º - Em qualquer hipótese, as decisões judiciais previstas nos parágrafos anteriores serão sempre fundamentadas, ouvido o Ministério Público.

Art. 122 – A medida de internação só poderá ser aplicada quando:

I – Tratar-se de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência à pessoa;

II - tratar-se de outras infrações de natureza grave;

III – por reiteração de atos infracionais graves;

IV - por descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta.

Parágrafo único – Considera-se ato infracional grave aquele cometido com ameaça ou violência contra a pessoa, ou o que a lei

penal comine pena mínima de reclusão igual ou superior a dois anos e, pelas circunstâncias do fato e condições pessoais, revele séria deformação de personalidade do adolescente.

Art. 123 – Omissis

Parágrafo único – Durante o período de internação, inclusive, provisória, serão obrigatórias atividades pedagógicas e esportivas.

Art. 125 – A política de atendimento ao adolescente infrator privado de liberdade, far-se-á através de um conjunto articulado de ações governamentais e não governamentais, cabendo à União, Estados, Distrito Federal e Municípios zelar pela integridade física e mental dos internos e adotar as medidas adequadas de contenção e segurança”.

O jurista Luiz Flávio Gomes¹⁵¹ é contrário à redução da maioridade penal, sustenta a preservação do ECA e as modificações necessárias que lhe emprestem uma interpretação razoável. Dessa forma, assevera que o menor absolutamente desajustado e que revele grave defeito de personalidade deve sofrer medida de segurança para tratamento e recuperação. Vejam a sua posição:

“... não parece aceitável, de outro lado, remeter o menor para o Código Penal; muito menos para os cárceres destinados aos adultos. Ao menor com grave desvio de personalidade não parece haver outro caminho senão o do tratamento adequado, nos termos do art. 112, § 3º do ECA, que deve

durar até cessar a periculosidade. Com isso se conclui que, quando necessário, devem ser extrapolados os limites de três anos de internação ou dos 21 anos de idade”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como se depreende, não parece que a redução da maioridade penal seja a solução ideal, pois simplesmente vai encher os presídios, já superlotados e sem qualquer programa eficaz de readaptação do detento, de jovens em formação que poderiam se tornar cidadãos e conviver, pacificamente, na sociedade. Abrir-se-á mão da prevenção para valorizar a repressão, o que, certamente, contribuirá para que esses adolescentes infratores ingressem nas carreiras criminosas, fortalecendo as grandes facções criminosas.

Entende-se que a melhor solução está na modificação do ECA, ajustando-o às novas exigências sociais, todavia, não basta a mera alteração legislativa, é preciso que o governo invista em políticas públicas de atendimento eficaz ao adolescente em conflito com a lei, extirpando os depósitos de adolescentes infratores e criando um verdadeiro sistema socioeducativo de atendimento nos termos exigidos pelo SINASE – Lei 12.594/2012 –, redimensionando a situação do adolescente em conflito com a lei para vislumbrá-lo como

¹⁵¹ Gomes, Luiz Flávio. Ob. Cit.

algo que transcende ao aspecto meramente jurídico, revelando, assim, o seu caráter transindividual a exigir a concorrência de outras áreas do conhecimento humano, como a psicologia, psiquiatria, pedagogia, sociologia, antropologia, dentre outras, no sentido de que, conhecendo a história do adolescente e fazendo acompanhamentos regulares, se possa perfurar a couraça do adolescente em conflito com a lei, tocando na sua autoestima e fazendo-o descobrir, com o auxílio indispensável dos trabalhadores sociais, que a vida é, de fato, uma grande possibilidade e que ele pode reescrever a sua própria história nesse mundo tão desigual.

Pode ser que a mudança não exija emendas à Constituição, bastando, por exemplo, modificar alguns dispositivos do próprio ECA, possibilitando a internação do adolescente envolvido nos atos infracionais considerados hediondos – como tráfico de drogas e outros crimes hediondos –, por um período de até 5 anos, em face da gravidade desses atos, com possibilidade de prorrogação, como prevê o projeto do magistrado aposentado José Tarcisio Costa, sem que venha a violar os princípios da excepcionalidade e brevidade das medidas socioeducativas em meio fechado, bem como que estabeleça a possibilidade de sancionar, com medidas de internação, condutas praticadas por adolescente em atos infracionais graves, mesmo sem violência ou grave ameaça, como tráfico de drogas,

associação para o tráfico etc., retirando a exigência da reiteração contida no inc. II do art. 122 da Lei nº 8.069/90 – ECA . Dessa forma, o Estado, materializando o princípio da prioridade absoluta, descrito no art. 227 da CF e art. 4º do ECA, investindo em políticas públicas voltadas para a inserção desses adolescentes infratores no sistema de garantias de direitos, bem como fazendo as alterações legislativas sugeridas, certamente, poderá ter uma legislação mais eficiente e a garantia da efetivação dos direitos consagrados no Estatuto da Criança e do Adolescente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAHIA. Secretaria de Desenvolvimento Social e Combate à Pobreza. Fundação da Criança e do Adolescente (Fundac). **Plano Estadual de Atendimento Socioeducativo. 2011-2015.** Salvador: Fundac, 2011.

BIAGGIO, Ângela M. Brasil. Psicologia do Desenvolvimento. Petrópolis: Vozes, 1981.

BRASIL. Subsecretaria de Promoção dos Direitos da Criança e do Adolescente. Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente. **Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo-SINASE.** Brasília, DF: Ilanud, 2006.

BRASIL. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. **Plano Nacional de Atendimento Socioeducativo 2013-2022.** Brasília, DF: [s.n.], 2013.

SANTOS, Juarez Cirino. Violência Institucional. *Revista de Direito Penal.* vol. 28. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

COSTA, Tarcísio José . *Alguns Aspectos Polêmicos do Estatuto*. Disponível em: <<http://www.tj.mg.gov.br/institucional>>. Acesso em: 30.03.2005.

GOMES, Luiz Flávio . Preservar o ECA, com razoabilidade. Artigo disponível: www.juspodvm.com.br acesso em 12.02.2006

OSÓRIO, Luiz Carlos. **Adolescente hoje**. Porto Alegre-RS: Artmed, 1992.

OUTEIRAL, José. **Adolescer:** estudos revisados sobre adolescência. 2ª ed. Rio de Janeiro: Reinvinter, 2003.

PIERANGELI, José Henrique. Menoridade – artigo – *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*. Porto Alegre: síntese. Ano IV – nº 20 – jun/jul 2003.

VIANNA, Guaracy de Campos. *Incapacidade Penal, O ECA e o Código Civil*. Disponível em: <http://www.abraminj.org.br>. Acesso em: 30.04.2006.

REVISTAS

REVISTA DE DIREITO CIVIL, disponível em <https://revistas.anchieta.br/index.php/RevistaDirCivil/issue/archive>

**COMMON LAW, CIVIL LAW E O
HIPOTÉTICO CASO DA MÃO PELUDA
NO BRASIL**

*Sergio Goldbaum*¹⁵²

*Victor Nóbrega Luccas*¹⁵³

RESUMO

O artigo apresenta o emblemático caso da Mão Peluda “*the Hairy Hand case*” da jurisprudência do Common Law nos Estados Unidos da América e discute qual seria o hipotético encaminhamento deste caso na legislação e jurisprudência do *Civil Law* no Brasil. Argumenta-se que dadas as especificidades do caso, a indenização decidida na Corte Suprema de New Hampshire, as *expectation damages*, poderiam também ser decididas num eventual caso semelhante, hipoteticamente ocorrido no Brasil. Entretanto, além das *expectation damages*, talvez caberiam, no Brasil, indenizações adicionais, incluindo dano moral, que é ausente da jurisprudência do *Common Law*.

Palavras-chave: *common law, civil law, expectation damages, dano moral*

ABSTRACT

The article presents the emblematic “Hairy Hand case” of Common Law jurisprudence in the United States of America and discusses how the legislation and jurisprudence of Civil Law in Brazil would address this case. It is argued that given the specifics of the case, the compensation decided in the Supreme Court of New Hampshire, the *expectation damages*, could also be decided in an eventual similar

case, hypothetically occurred in Brazil. However, in Brazil, additional compensation, including moral damages, which is absent from Common Law jurisprudence, may apply, in addition to *expectation damages*.

keywords: *common law, civil law, expectation damages, moral damages*

Introdução

Hawkins vs McGee, ou o “Caso da Mão Peluda” (“The Hairy Hand Case”) é um dos casos mais conhecidos da jurisprudência da Teoria dos Contratos nos Estados Unidos. O caso é citado na primeira cena de *The Paper Chase*, o filme de 1973, baseado na novela homônima de John Jay Osborn Jr, publicada dois anos antes. Um resumo da cena, baseada (com alguma liberdade) na versão original do livro de John Jay Osborn Jr, está abaixo:

Os alunos já estavam dispostos no auditório, prontos para a primeira aula de Teoria dos Contratos na Universidade de Harvard. Às nove horas e cinco minutos, pontualmente, o rigoroso professor Kingsfield entra pela porta detrás do tablado, abre um carômetro e escolhe um dos alunos. Sem alterar-se, dispara:

- Mr Hart, pode nos apresentar por favor os fatos do caso Hawkins v McGee?

O calouro não tinha lido o caso. Como muitos alunos, pressupôs que a primeira aula seria apenas

¹⁵² Doutor e mestre em economia pela Fundação Getúlio Vargas em São Paulo. Bacharel em Economia pela Faculdade de Economia e Administração da Universidade de São Paulo. Professor da Escola de Administração de Empresas da FGV-SP. .

¹⁵³ Doutor e Mestre em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Universidade de São Paulo. Bacharel em Direito pela FGV DIREITO SP. Professor da FGV DIREITO SP. Advogado em São Paulo.

uma introdução. Após hesitar, admite:

- “Eu ... Eu não li o caso. Só descobri que tinha que ter lido o caso agora”.

Professor Kingsfield então apresenta ele mesmo “the facts of the case”:

- “*Hawkins v McGee* é um caso da Teoria dos Contratos, o tema de nosso curso. Um menino queima sua mão ao encostar num fio elétrico. Um médico que queria experimentar uma técnica de enxerto de pele apresentou-se para operar a mão do menino, garantindo que a restauraria ‘em cem por cento’. O médico então enxertou um pedaço de pele do peito do menino na mão queimada. Infelizmente, a operação fracassou em produzir uma mão saudável. No lugar, ela produziu uma mão peluda. Uma mão não apenas queimada, mas coberta por um denso emaranhado de pelos”.

E prossegue:

- “Agora, Mr Hart., que tipo de danos você acha que o médico deve pagar?”

Hart tenta refletir sobre o caso “on the spot”:

- “Há a promessa de restaurar a mão, do jeito que estava antes (...) mas a mão ficou muito pior do que quando estava apenas queimada...”

Sem olhar ao aluno, Kingsfield prossegue:

- “Então, Mr Hart, como a corte deveria determinar o valor dos danos?”

- “A diferença entre o que foi prometido, uma nova mão, e o que ele obteve ao final da operação, uma mão ainda pior?”, vaticinou. Kingsfield reabre sua lista de alunos, e escolhe outro, aleatoriamente:

- “Mr Pruitt, talvez você possa nos contar se deveríamos dar ao

menino a diferença entre o que lhe prometido e o que ele obteve, como Mr Hart sugeriu, ou a diferença entre o que ele obteve, e o que ele tinha”.¹⁵⁴

O que torna o caso um clássico no ensino jurídico nos Estados Unidos é justamente a questão levantada pelo Professor Kingsfield: afinal, quais os parâmetros que devem ser utilizados para estabelecer o valor da indenização? Tomando como base a promessa do médico – restaurar a mão em “cem por cento”, podemos supor que a mão, antes da operação, estivesse em, por exemplo, 50%. Após a operação, “ainda pior”, em 25%. Supõe-se também a existência de um tratamento alternativo, que prometia ao paciente a recuperação da mão em 75%. Considera-se ao menos três hipóteses:

- O valor deve corresponder ao dano de confiança (*reliance damages*): a diferença entre o resultado final (25%) e o estado inicial (50%), o que restauraria o paciente à condição inicial, caso o contrato não tivesse sido firmado entre as partes (*status quo ante*).
- O valor deve corresponder ao custo de oportunidade (*opportunity cost*): a diferença entre o resultado final (25%) e a condição resultante do

¹⁵⁴ A cena pode ser vista em:
<https://www.youtube.com/watch?v=qx22TyCge>
7w Acesso em 01/03/2022

eventual tratamento alternativo (75%), correspondente ao custo de oportunidade do paciente.

- O valor deve corresponder ao dano de expectativa (*expectation damages*): a diferença entre o resultado final (25%) e o que lhe foi prometido (100%), o que levaria o paciente à condição correspondente à expectativa criada pelo médico e expressa no contrato.

Os elementos do contrato no *Common Law*.

Os elementos presentes no contrato entre o médico e o paciente merecem atenção. Camelo e Pires (2011) oferecem um pequeno texto didático, comparando o direito contratual nos Estados Unidos da América, onde vigora o *Common Law*, e no Brasil.

No *Common Law*, um contrato só é reconhecido como tal se tiver quatro elementos: o acordo, a contraprestação (*consideration*), a capacidade e a legalidade.

O primeiro elemento, o acordo, inclui a oferta e o aceite. Conforme o *Second Restatement of Contract*¹⁵⁵, a oferta é definida como sendo manifestação de plena vontade de entrar numa transação, feita à

outra parte para que esta saiba que a sua concordância com a transação é desejada. Assim como no direito brasileiro, a oferta deve ter seu objeto determinado ou determinável. Uma promessa indefinida não pode ser considerada uma promessa. No caso, a promessa foi a de reestabelecer a mão do menino em “cem por cento”.

Tradicionalmente, o aceite deve ser o reflexo idêntico da oferta (*mirror image rule*). A regra da imagem do espelho ainda é utilizada em alguns casos, mas atualmente o *Uniform Commercial Code* (UCC) considera haver aceite mesmo que o promissário apresente novos termos, que serão entendidos como proposta adicional do contrato. Se alguma das partes (ou ambas) não forem comerciantes, como é o caso, os termos adicionados pela aceitação somente se tornarão parte do contrato quando todos os contratantes se manifestarem expressamente.¹⁵⁶ O médico fez a oferta de uma mão “cem por cento” e o pai de Hawkins a aceitou, restando caracterizado o acordo

O elemento característico do contrato na tradição do *Common Law*, o elemento que o distingue da tradição do *Civil Law*, é o *consideration*, ou a contraprestação. O

contrato, salvo se incorrer em algumas das três condições a seguir: (i) oferta expressamente limitar a aceitação aos seus exatos termos (ii) o solicitante notificar sua objeção quanto aos novos termos ao aceitante ou (iii) os novos termos modificarem significativamente o contrato” (Pires e Camelo, 2011, p. 328).

¹⁵⁵ Nos EUA, existem uma série de tratados publicados pelo *American Law Institute*, denominados "*Restatements of the Law*" que visam a organizar e informar juízes e advogados sobre os princípios, conceitos e institutos de *Common Law* e são amplamente referidos.

¹⁵⁶ Se o contrato é entre comerciantes, “os novos termos automaticamente passam a fazer parte do

consideration se materializa no benefício ou vantagem para aquele que faz a oferta (o promitente) e, ao mesmo tempo, no custo ou detrimento para aquele que a aceita (o promissário), e vice-versa. É o que a parte requer em troca de sua promessa. É a contraparte da barganha.

Um contrato sem *consideration* não é considerado válido na tradição do Common Law. Isso significa, por exemplo, que um contrato de doação não seria considerado como tal no *Common Law*, mesmo que as partes queiram se comprometer por intermédio desse instrumento, já que uma doação não inclui um *consideration*.

No Brasil, a doação não tem contraprestação, mas pode ser condicionada a encargos, isto é algo que o donatário tem que fazer para receber a doação. Ele não pode ser obrigado a cumprir com os encargos, mas se não os realizar, não poderá receber a doação.

Há poucas exceções à necessidade de *consideration* no *Common Law*, como nas situações de *Promissory Estoppel*¹⁵⁷. A doutrina da *Promissory Estoppel* impede uma parte de retirar uma promessa feita a uma segunda parte, se esta última tinha motivos razoáveis para tomar decisões baseadas nessa promessa.¹⁵⁸

¹⁵⁷ A tradução literal de *Promissory Estoppel* seria Preclusão da promessa do promissário (da contra-promessa). Essa opção de tradução não é usual no Brasil, razão pela qual manteremos o conceito em inglês.

Os demais elementos do contrato na tradição do Common Law, capacidade e legalidade, são, segundo Camelo e Pires (2011), semelhantes ao direito brasileiro. No que se refere à capacidade, as partes em um contrato precisam ser legalmente capazes de expressarem sua vontade. Ainda que o paciente, George A. Hawkins, fosse menor de idade (11 anos) quando ocorreu o acidente, a ressalva não se aplica ao caso da mão peluda. O contrato supostamente foi assinado entre seu pai, Charles, e Edward R. B. McGee, o médico, e o processo teria se iniciado apenas em 1926, quando o paciente já era maior de idade, dando indícios de convalidação pelo paciente.

Entretanto, Camelo e Pires (2011) apontam uma diferença importante entre o Common Law vigente nos EUA e o Civil Law vigente no Brasil. No primeiro, um menor de idade pode “desafirmar” o contrato em qualquer momento antes que atinja a maioridade, quando então deve ratificar ou desafirmar o contrato. Ocorrendo a desafirmação, o menor deve apenas devolver os bens “no exato estado em que se encontram” (Camelo e Pires, 2011, p. 334), mesmo que depreciados. Entende-se que, desta forma, contratos informais envolvendo menores de idade ficam desestimulados.

¹⁵⁸ Vejam-se, por exemplo, os casos *Hughes v Metropolitan Railway Co* (1877) e *Allen M. Campbell Co., General Contractors, Inc., vs Virginia Metal Industries, Inc.* (1983).

Por outro lado, se o contrato envolver bens necessários à sobrevivência do menor, “ainda perdura o direito de desafirmação do autor, mas este deve restituir à outra parte o valor total da contraprestação realizada” (idem, ibidem). Desta forma, protegem-se os interesses da parte que se compromete contratualmente com menores em situação de vulnerabilidade. No Brasil não há regras equivalentes.

Finalmente, no que se refere à legalidade, e tendo em vista que nos Estados Unidos da América cada estado da federação tem sua legislação própria, esse requisito precisa estar conjugado com o princípio do *choice of law*, ou “escolha do direito aplicável”. A escolha do direito permite a determinação de quais normas basearão o cumprimento e conseqüente litígio em caso de quebra contratual. (idem, p. 325). Especificamente no que se refere a *Hawkins v. McGee*, o caso foi tratado na corte suprema de New Hampshire. Se tivesse ocorrido no Brasil, a legislação que rege o caso – notadamente o Código de Defesa do Consumidor – é federal e, portanto, não se colocaria o problema de definir o direito aplicável.

A quebra de contrato e o remédio adequado

A quebra contratual ocorre quando uma das partes prometeu determinada ação e não cumpre a promessa, isto é, sua parte na

barganha. Qualquer cumprimento não integral do *consideration* pode ser considerada quebra de contrato, mas, para evitar excessos, o poder judiciário nos EUA passou a adotar a doutrina da *substantial performance*, isto é, a quebra da promessa ocorre apenas quando parcela substancial do *consideration* não é adimplida (Camelo e Pires, 2011, p. 335). No Brasil, de forma similar, a jurisprudência trata da figura do “adimplemento substancial”.

A quebra de contrato no caso em discussão é clara. O médico McGee não cumpriu sua promessa de restaurar a mão do paciente Hawkins em “cem por cento”. O não cumprimento do *consideration* é substancial, as condições expressas e construtivas estavam presentes e não havia razões que justificassem o não cumprimento do contrato (*Excuses for nonperformance*).

No que se refere ao remédio adequado, prevalece no Common Law o pagamento de perdas e danos (*Money damages*) em oposição à tutela específica, prevalecente no Civil Law brasileiro (Camelo e Pires, 2011, p. 337), e essa é outra diferença importante, com desdobramentos em termos da eficiência das barganhas e dos contratos.

Mas permanece a questão do professor Kingsfield: “como a corte deveria determinar o valor dos danos?”

Como visto acima, há três possibilidades: *reliance damages*, *opportunity damages* e *expectation damages*.

O conhecido livro-texto de Direito e Economia (6ª ed) de Robert Cooter e Thomas Ulen aborda especificamente a questão no capítulo 9 (“*Topics in the Economics of Contract Law*”). Os autores identificam os *expectations damages* aos lucros cessantes (danos positivos). A indenização equivalente ao *perfect expectation damage* deixaria a vítima potencial indiferente ao cumprimento do contrato e à sua quebra. A indenização equivalente ao *perfect reliance damage* restauraria a potencial vítima na posição que ela estaria se ela nunca tivesse assinado contrato com outra parte. A indenização equivalente aos *perfect opportunity costs’ damages* deixaria a potencial vítima indiferente entre a quebra do contrato e o cumprimento do melhor contrato alternativo.

Os autores representam as três possibilidades em um mapa de indiferença, um instrumento gráfico importado da Teoria do Consumidor. No eixo horizontal está representada a condição da mão. Após o acidente, mas antes do procedimento cirúrgico, a mão estava em 50%. O médico envolvido no caso prometeu a mão em 100%. Após o procedimento cirúrgico, a mão ficou em 25%. Finalmente, um outro médico teria supostamente oferecido um tratamento alternativo, que deixaria a mão em 75%.

No eixo vertical, valores de indenização em dinheiro. As três curvas – expectativa, oportunidade e confiança – são as chamadas curvas de indiferença. Cada

ponto em uma curva de indiferença representa um determinado nível de satisfação ao paciente. Assim, por exemplo, o ponto A representa o nível de satisfação correspondente a uma situação em que a mão estaria em perfeita condição e o paciente receberia zero de indenização. Isto é, representaria o hipotético ponto no qual a operação teria sido bem-sucedida, a *consideration* teria sido plenamente cumprida, e o paciente não faria jus a qualquer indenização.

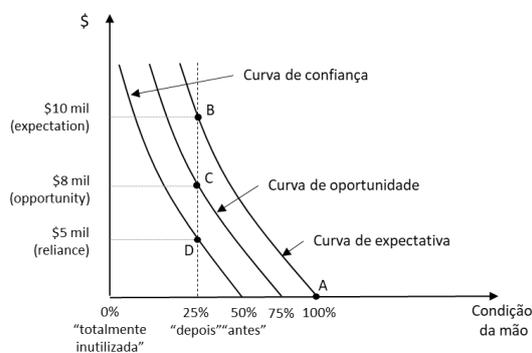
O ponto B representa a situação em que a mão estaria em 25% e o paciente receberia R\$ 10 mil de indenização. Como o ponto A e o ponto B estão sobre a mesma curva de indiferença, isso significa que essas duas combinações de condição da mão e valor da indenização proporcionam ao paciente o mesmo nível de satisfação. Isto é, o valor de R\$ 10 mil de indenização seria capaz – supostamente – de restaurar ao paciente o mesmo nível de satisfação que ele gozaria caso a operação tivesse sido bem-sucedida.

Uma vez que ao final do procedimento cirúrgico o paciente ficou com a mão em 25%, a intersecção da reta vertical tracejada com as curvas de indiferença define três valores hipotéticos:

- a. No ponto B, como vimos, o paciente fica indiferente entre (i) a combinação da mão em 25% e uma indenização de R\$ 10 mil e (ii) o

- cumprimento da promessa (a mão em 100%).
- b. No ponto C, o paciente fica indiferente entre (i) a combinação da mão em 25% e uma indenização de R\$ 8 mil e (ii) o cumprimento da melhor promessa alternativa (a mão em 75%), e
 - c. No ponto D, o paciente fica indiferente entre (i) a combinação da mão em 25% e uma indenização de R\$ 5 mil e (ii) a restituição à situação inicial, como se o contrato não tivesse sido firmado (a mão em 50%).

Figura 1: Mapa de indiferença do paciente: combinações de condições da mão e valores de indenização.



Fonte: Cooter e Ulen (2016, p. 314)

Os valores são todos hipotéticos. Mas o resultado é conhecido. Hawkins processou McGee por quebra de contrato em 1926 e foi indenizado por danos relacionados à dor da operação e pelos danos que a operação causou à sua mão. Na apelação, a Corte Suprema de New Hampshire definiu

que a indenização a ser paga deveria ser a diferença entre o que foi prometido e o que foi obtido – isto é, *expectation damages*. Os danos referentes à dor da operação foram arquivados, sob o argumento de que alguma dor e sofrimento eram parte implícita do contrato de cirurgia.

O caso da mão peluda no Civil Law brasileiro

O que aconteceria se o "Caso da Mão Peluda" fosse julgado hoje no Direito Brasileiro? O caso se enquadraria no tema da "responsabilidade por erro médico", amplamente discutida no Poder Judiciário brasileiro, sob diferentes aspectos. A análise do caso frente ao Direito Brasileiro e à análise econômica do Direito é oportuna, por permitir uma visão compreensiva e crítica do nosso ordenamento.

Preliminarmente, é relevante destacar que as relações contratuais envolvidas em um atendimento médico hoje costumam ser muito mais complexas do que um simples contrato entre médico e paciente. Frequentemente estão envolvidos clínicas, hospitais ou até mesmo alguma pessoa jurídica vinculada ao Estado Brasileiro (no caso de serviços prestados pelo SUS, por exemplo). O médico pode ser apenas um funcionário da clínica ou do hospital, privado ou público. Se o caso ocorresse hoje, portanto, poderíamos imaginar que além do Dr. McGee, a clínica ou o hospital no qual ele

trabalha poderia também eventualmente fazer parte da disputa judicial.

No entanto, para tornar a análise viável dentro do escopo limitado desse artigo, vamos nos limitar à relação entre médico e paciente. Ainda que se pudesse arguir não haver contrato entre o médico e o paciente em determinado caso, mas apenas contrato com clínicas ou hospitais, poderia haver responsabilização por erro médico com base nas regras de responsabilidade civil extracontratual.

Serviços médicos e cirurgias plásticas: entre obrigações de meio e de resultado

Se fosse julgado hoje no Brasil, o contrato celebrado entre Hawkins (representado por seu pai) e McGee estaria sujeito ao Código de Defesa do Consumidor, sendo o médico um fornecedor de serviços e o paciente, um consumidor. A aplicação do CDC limita a liberdade de contratar das partes envolvidas e atrai a aplicação de diversas regras particulares que visam a proteger o consumidor.

O erro médico se caracteriza como um serviço defeituoso, isto é, um serviço que não fornece a segurança que o consumidor pode esperar e gera danos à saúde ou à vida do paciente. Por expressa disposição legal, a princípio os profissionais liberais só poderão ser responsabilizados pelos erros médicos mediante a verificação de culpa (Art. 14, § 4º, CDC).

Consequência fundamental dessa aplicação do CDC para a responsabilidade por erro médico é que, na prática, isso impede o médico de se isentar contratualmente de responsabilidade por erros praticados. Eventual cláusula de exclusão de responsabilidade seria considerada abusiva, ilícita e não seria aplicada pelo Poder Judiciário. Todo médico que cometer erro estará a princípio sujeito ao pagamento de indenização.

Do ponto de vista da análise econômica do direito, esse regime gera incentivos ao maior cuidado por parte dos médicos em sua prática profissional, bem como à aquisição de seguros de responsabilidade profissional. Empiricamente, contudo, não se sabe a intensidade de tais incentivos, por vários motivos: (i) o erro pode não ser detectado; (ii) o paciente pode preferir não responsabilizar o médico, deixando de litigar ou sequer de cobrar extrajudicialmente, seja por falta de recursos para litigar, risco de incerteza do resultado que depende de perícia médica e prova do erro ou até mesmo por não querer suportar os custos psicológicos da disputa; (iii) os valores de indenização podem ser baixos, especialmente em contraste com a renda auferida pelos médicos. Avaliar empiricamente os incentivos gerados (ou não) pelo regime de responsabilidade dos médicos foge ao escopo desse artigo, mas constituem interessante agenda de pesquisa.

A fim de compreender o que significa um erro médico, cabe explicar como a jurisprudência qualifica as obrigações do médico. Em geral, elas são qualificadas como sendo *de meio*, isto é, a obrigação de empreender os melhores esforços para atingir o resultado esperado, sem, contudo, garantir o resultado. Por exemplo, o cirurgião que opera tem a obrigação de realizar os melhores esforços para salvar a vida do paciente que sofreu um infarto ou está sofrendo com um câncer, mas não pode ser responsabilizado pelo insucesso da cirurgia e morte do paciente, salvo se demonstre que o resultado indesejado ocorreu por sua culpa.

Aceitando-se a premissa de que a obrigação é de meio e não há garantia de resultado, a conclusão parece ser a de que Hawkins não poderia exigir os *expectation damages* de McGee, que correspondem aos danos correspondentes ao não recebimento do resultado prometido. No máximo, poderia responder pelos *reliance damages*, isto é, por ter piorado a situação do paciente.

No entanto, o caso de Hawkins vs McGee traz peculiaridades que alteram essa conclusão. Em primeiro lugar, pela descrição dos fatos, trata da situação peculiar de uma cirurgia plástica, em que o objetivo da cirurgia não é restaurar as funções motoras de uma mão doente, mas estético, de eliminar as marcas da queimadura sofrida por Hawkins. Isso é extremamente importante, pois a jurisprudência brasileira considera que nos

casos de cirurgias plásticas com finalidade estética as obrigações são *de resultado* e não de meio. Em outras palavras, os médicos garantem o resultado e podem ser responsabilizados caso este não seja atingido.

Com essa requalificação, McGee pode ser responsabilizado por não ter entregado o resultado prometido. Mesmo que não tivesse piorado a situação de Hawkins, já se consideraria que cometeu erro médico pelo simples fato de não ter atingido o resultado, presumindo-se culpado até prova em contrário.

Ao qualificar as obrigações como sendo de resultado, a jurisprudência facilita que os pacientes obtenham indenizações contra os médicos que não cumprirem suas promessas, incentivando que sejam mais cautelosos em relação ao que prometem e aos cuidados que tomarão para que possam cumprir suas promessas. Os incentivos para a cautela nas promessas e na comunicação permite o alinhamento de expectativas e diminui a chance de litígios, enquanto os incentivos para cuidado diminuem ainda todos os riscos decorrentes da intervenção cirúrgica.

Essa linha de justificação do regime especial de obrigações de resultado é corroborada quando se avalia como a jurisprudência lida com alguns casos de erro médico e, especialmente, com o dever de informar.

A importância fundamental do dever de informar

A existência de obrigação de resultado não significa que o médico possui responsabilidade objetiva (independente de culpa), apesar de haver controvérsia sobre os limites exatos que separam as duas figuras. Ou seja, o médico pode se isentar de responsabilidade, caso demonstre (o ônus da prova é do médico) que não tem culpa por determinado resultado adverso que decorra, por exemplo, de fatores externos imprevisíveis, como características inerentes ao próprio corpo do paciente. É de conhecimento geral, inclusive, que a medicina não é uma ciência exata, e que os resultados podem variar entre os pacientes, com percentuais de chance de sucesso.

Mas o reconhecimento dessa possibilidade de defesa não daria uma saída fácil para os médicos? Desse modo, os médicos (quase) sempre poderiam alegar que não cometeram erro, que o resultado está dentro da incerteza médica. Ora, se a medicina é sempre imprevisível em algum grau, na prática não há garantia de resultado.

É aqui que entra o fundamental dever de informar. O médico não erra apenas por deixar de seguir algum protocolo médico, ou agir com imperícia. ***O médico também comete erro caso não informe adequadamente o paciente a respeito dos riscos, chances de êxito e possíveis resultados da cirurgia.***

O dever de informar com clareza ao paciente os resultados esperados e riscos possíveis da cirurgia é fundamental, decorrendo da regulação do CDC e da própria ética médica, e ganha destaque nos casos de cirurgia plástica com finalidade estética. O caso a seguir mostra médico que foi condenado porque não informou a paciente sobre os riscos de efeitos adversos da cirurgia plástica:

Responsabilidade civil - Indenização - Erro médico - Cirurgia plástica estética - Autora que sofreu dificuldade de cicatrização e alopecia parcial em razão de cirurgia de ritidoplastia (lifting facial) - Obrigação de resultado - Inversão do ônus probatório - Réu que não comprovou que a perda de cabelo da autora decorreu exclusivamente de fatores externos - Presunção de que o médico foi culpado pelos danos experimentados pela autora não afastada - Dever de informação, ademais, inobservado, pois o réu não informou que a alopecia ocorre em aproximadamente cinco por cento das pessoas que se submetem a tal cirurgia - Recurso provido em parte, prejudicada a matéria preliminar. (...)
(TJSP, Apelação com Revisão nº 9190702.37.2006.8.26.0000, 3ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Jesus Lofrano, julgamento em 08/02/2011, votação unânime)

No caso citado, o Poder Judiciário considera que o médico errou também pelo

fato de o dever de informação ter sido violado.

A garantia de resultado não é interpretada como uma garantia de 100% de sucesso, caso isso seja explicado claramente pelo médico. Se forem explicitados os riscos, chances de sucesso e possíveis resultados e ainda assim o paciente decidir prosseguir com a cirurgia, não cabe falar em violação de expectativa e descumprimento. Nesse sentido, segue decisão exemplificativa do TJSP, em que o paciente ficou com cicatrizes adicionais, mas por ter sido devidamente informado, não houve responsabilização do médico:

“Apelação cível. Responsabilidade civil médica. Cirurgia plástica. Ginecomastia. Redução das papilas (mamilos). Ação julgada improcedente. Inconformismo recursal do autor. Laudo Pericial que concluiu que a cirurgia foi corretamente indicada e realizada. Cicatrizes e queloides são resultado natural e esperado, dependendo do organismo de cada pessoa. Autor que firmou termo de responsabilidade pelo qual foi previa e expressamente informado da possibilidade de formação de cicatrização patológica. Ausência de erro grosseiro ou má prática de medicina. Dever de informação observado. Fotografias que revelam aspecto saudável do autor. Sentença mantida. Recurso desprovido”

(TJSP; Apelação Cível 1014344-37.2016.8.26.0477; Relator (a): Silvério da Silva; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Privado; Foro de Praia Grande - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 05/05/2021; Data de Registro: 12/05/2021).

Isso nos leva à conclusão de que a obrigação de resultado do cirurgião plástico, na verdade, é a obrigação de cumprir o que prometeu e informou ao paciente, devendo ser absolutamente claro e explícito sobre os riscos, chances e possíveis resultados da cirurgia, conforme a ciência médica atual. Se, como McGee, um médico prometer que vai entregar uma “Mão 100%”, em vez de informar que tem “70% de chance de entregar uma Mão 100% e 30% de chance de entregar uma Mão 25%”, ele será responsabilizado por descumprir a sua promessa.

Calculando os danos

O caso McGee também chama a atenção para a dificuldade de se estabelecer o valor da indenização. O que significa, na prática, indenizar 25%, 50% ou 75% de uma mão?

No Direito Brasileiro a indenização por erros médicos pode compreender uma série de pedidos diversos, seguem os mais comuns:

- i. danos materiais, como a devolução dos valores pagos ou o custeio de

- uma cirurgia reparadora para corrigir o erro;
- ii. danos morais, decorrentes do sofrimento psicológico, incluindo a própria dor física, decorrente do erro médico;
 - iii. danos estéticos, valores a serem pagos pelo prejuízo estético, geralmente arbitrados de forma separada, mas em conjunto com os danos morais;
 - iv. pensão, caso do erro resulte alguma dificuldade irreversível para realizar tarefas cotidianas ou para o trabalho;
 - v. dano moral por ricochete (devido a familiares) e pensão para familiares dependentes, no caso de falecimento.

O conjunto de indenizações tem por objetivo colocar o paciente na situação equivalente a que estaria se o contrato houvesse sido cumprido e ele tivesse a “mão 100%”. No entanto, o conjunto de danos é definido de forma muito abrangente e ao mesmo tempo mais bem determinada do que simplesmente “a diferença entre a mão de 25% e a mão de 100%”.

Os danos materiais para cobrir a cirurgia reparadora tem por objetivo levar a situação física do paciente o mais próxima possível da “mão 100%”. Os danos estéticos compensam a diferença entre a mão que ele terá e a mão 100%. Mas os danos morais vão além e compensam o sofrimento decorrente da quebra da expectativa e das cirurgias e pós-

operatórios. A pensão e o dano moral por ricochete não são aplicáveis, pois Hawkins não ficou incapaz de trabalhar nem faleceu

Cabe acrescentar que os danos morais, danos estéticos e pensão possuem valores construídos pela jurisprudência com base em diversos critérios. A sua previsibilidade decorre da análise dos valores concedidos em casos similares. Não há espaço para discuti-los em maior detalhe aqui, mas pode-se dizer que é possível tornar “a diferença da mão” mais objetiva, a ponto de ser possível prever números com certo grau de precisão.

CONCLUSÃO

O objetivo desse pequeno artigo foi analisar como um caso emblemático da jurisprudência do Common Law seria julgado no Civil Law vigente no Brasil.

Como visto, dadas as peculiaridades do caso – uma cirurgia estética, sem informação de risco – a indenização decidida na Corte Suprema de New Hampshire, as *expectation damages*, poderiam também ser decididas num eventual caso semelhante, hipoteticamente ocorrido no Brasil. Entretanto, além das *expectation damages*, talvez caberiam, no Brasil, indenizações adicionais, incluindo dano moral, que é ausente da jurisprudência do *Common Law*.

O exercício realizado nesse artigo pode ser replicado em vários outros casos paradigmáticos da jurisprudência do

Common Law nos Estados Unidos da América e na Inglaterra. *Paper Chase*, por exemplo, também explora o caso *Carlill v Carbolic Smoke Ball Co.* (1892), em que a empresa fabricante das infusões contidas em bolas (as *Carbolic Smoke Balls*, que supostamente curariam os pacientes de resfriados) não honraram a oferta unilateral de prêmio em dinheiro para os consumidores que conseguissem provar que o remédio não havia funcionado.¹⁵⁹

Um último ponto a se destacar refere-se ao questionamento que tanto o livro quanto o filme fazem aos rigores do método socrático e à eventual atmosfera hostil em alguns cursos. Especificamente em relação ao segundo tema, uma das cenas mais lembradas do filme¹⁶⁰ aparece no livro como um comentário que antecede o início do primeiro capítulo:

“Nos poucos dias entre a chegada à Harvard Law School e as primeiras classes, havia rumores. E histórias. Sobre ser estigmatizado [singled out], ser obrigado a mostrar sua bagagem. Geralmente, são histórias sobre

peças que fizeram algum erro terrível. Não conseguiu responder a uma questão corretamente. Uma dessas histórias diz respeito a um rapaz que fez um trabalho particularmente ruim. Seu professor o chamou para o tablado, em frente à classe, até a mesa do professor, deu a ele uma moeda e disse, em voz alta: ‘Ligue para a sua mãe, e diga a ela que você nunca será um advogado’”.

“Às vezes, a história termina nesse ponto, mas do jeito que a escutei, o aluno humilhado abaixou a cabeça, e se arrastou de volta entre os 150 estudantes na classe. Quando chegou à porta, sua raiva explodiu. E gritou:

“Você é um filho da puta, Kingsfield”

“Esta é a primeira coisa inteligente que você disse hoje”, Kingsfield respondeu. “Volte ao seu lugar. Talvez eu tenha sido muito duro”.

A análise desta cena, assim como de outros casos paradigmáticos da jurisprudência da Teoria dos Contratos no *Common Law*, fica, assim, como sugestões para novos trabalhos.

¹⁵⁹ Uma lista não exaustiva de casos da jurisprudência de contratos e de propriedade (*property law*), incluindo um link com o resumo do caso, segue abaixo (todos acessados em 01/03/2022):

- *Krell v Henry* [1903]: https://en.wikipedia.org/wiki/Krell_v_Henry
- *Ploof v. Putnam* (1910): <https://h2o.law.harvard.edu/collages/870>
- *Hadley v. Baxendale* (1854): https://en.wikipedia.org/wiki/Hadley_v_Baxendale
- *Obde v. Schlemeyer* (1960): <http://law.justia.com/cases/washington/supreme-court/1960/35230-1.html>

- *Laidlaw v Organ* (1815): <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/15/178/case.html>

- *Raffles v. Wichelhaus* (1864): https://en.wikipedia.org/wiki/Raffles_v_Wichelhaus

- *Williams v. Walker-Thomas Furniture Co.* (1965): https://en.wikipedia.org/wiki/Williams_v._Walker-Thomas_Furniture_Co

- *Taylor v. Caldwell* (1863): https://en.wikipedia.org/wiki/Taylor_v_Caldwell

¹⁶⁰ A cena pode ser conferida em: https://www.youtube.com/watch?v=_M6bUIIA9ho Acesso em 01/03/2022

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm. Acesso em 01/03/2022.

Cooter, Robert and Ulen, Thomas: *Law and Economics*, 6th edition. Berkeley Law Books. Book 2, 2016. Disponível em <http://scholarship.law.berkeley.edu/books/2>. Acesso em 01/03/2022.

Camelo, Bradson e Pires, Marina Lemos (2011): “Estudo Comparativo e Análise Econômica do Direito Contratual Estadunidense e Brasileiro”. *Economic Analysis of Law Review*, V. 2, nº 2, p. 321-340, Jul-Dez, 2011.

Osborn Jr., John (1971): *The Paper Chase*. Peninsula Road Press.

THE PAPER CHASE. Direção: James Bridges. Produção: Rodrick Paul, Robert C. Thompson. Intérpretes: Timothy Bottoms, Lindsay Wagner, John Houseman e outros. Roteiro: James Bridges e John Osborn Jr. Música: John Williams. Los Angeles, 20th Centruy Fox. 1973.

**DIREITOS DA PERSONALIDADE E
OS IMPACTOS DA PANDEMIA DA
COVID-19 NOS FLUXOS
IMIGRATÓRIOS DO BRASIL**

*Pietro Nardella-Dellova - Orientador*¹⁶¹
*Laurie Tatiane de Freitas Bertoli*¹⁶²
*Marcos De Lucca Fonseca*¹⁶³
*Marissa Torqueto*¹⁶⁴
*Pedro Henrique da Silva Bezerra*¹⁶⁵

RESUMO

¹⁶¹ **Pietro Nardella-Dellova** é Doutor e Mestre em Direito (Direito Civil/Teorias da Propriedade) pela Universidade Federal Fluminense, UFF, e Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, USP. É Doutor e Mestre em Ciência da Religião (Antropologia/Literatura/Religião/Direito) pela Pontifícia Universidade Católica, PUC/SP. É Pós-graduado em Literatura e Direito Civil e Processo Civil. É Graduado em Filosofia e Direito. Foi membro efetivo da Comissão de Direito e Liberdade Religiosa e, também, da Comissão de Bioética da OAB/SP – São Paulo. É Membro efetivo da Comissão de Notáveis da OAB/BC, Balneário de Camboriú, Santa Catarina; É Membro da “*Accademia Napoletana per la Cultura di Napoli*”, Nápoles, Itália; Associado ao Grupo Martin Buber, de Roma, para o Diálogo entre Israelenses e Palestinos; Associado ao Grupo “Judeus Pela Democracia” (Israel, USA e Brasil) e do Grupo Jewish/Muslin de New York. É Autor de vários livros, entre os quais, Pierre Proudhon e sua Teoria Crítica do Direito Civil (2020) e Direito, Mito e Sociedade (2021), assim como de centenas de artigos e pareceres jurídicos; é Poeta, com vários livros de Poesia publicados, e membro da UBE – União Brasileira de Escritores. Em 2004, criou e coordenou o CPPJ – Centro de Pesquisa e Prática Jurídica “Prof. Goffredo Telles Jr.”. Em 2011 criou e coordenou o Grupo de Estudos e Pesquisas NUDAR – Teorias Críticas Aplicadas ao Direito Civil. É Pesquisador Líder do Grupo de Pesquisa TC TCLAE CNPq, e da Linha de Pesquisa “Direito Civil Constitucional, Teorias Críticas e Educação. É Pesquisador Integrante do Grupo de Pesquisa VEREDAS PUC/SP-CNPq. É Professor, desde 1990, de Literatura, Direito Civil, Filosofia, Direito Processual Civil e Direitos Humanos em vários cursos (graduação e pós-graduação), entre os quais, Universidade Federal Fluminense, Faculdade de Direito Padre

O presente artigo, escrito de forma coletiva entre os discentes e docente da UNIANCHIETA, discorrerá sobre os impactos da Pandemia do COVID-19 nos fluxos migratórios do Brasil, tendo por base os estudos, relatórios e dados do Portal da Migração e do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR) no Brasil.

Palavras-Chave: *imigração; COVID-19; fluxos migratórios; refugiados; ACNUR; lei da imigração; direitos da personalidade*

Anchieta, ESA – Escola Superior da Advocacia, EMERJ – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Atuou como Professor visitante (2011-2013) na Faculdade de Direito da USP, abordando o tema “Direito Romano, Direito Civil e Direito Hebraico Comparados”. Foi Pesquisador bolsista CAPES/FUNDASP no Programa de Estudos Pós-graduados da PUC/SP. Atualmente, também desenvolve estudos e pesquisas em New York, USA na área de Direitos Humanos e no Seminário Rabínico Latinoamericano de Buenos Aires, Argentina, em Fontes Judaicas da Filosofia e do Direito.

¹⁶² **Laurie Tatiane de Freitas Bertoli**, Funcionária Pública Municipal, Graduada do 9º Semestre em Direito pela Universidade Padre Anchieta (FADIPA) – Jundiá; Graduada em Letras pela Universidade Padre Anchieta - Jundiá; Pós-Graduada em Psicopedagogia Clínica e Institucional pela Universidade Padre Anchieta – Jundiá.

¹⁶³ **Marcos De Lucca Fonseca**, Perito Digital; Membro da Associação Nacional de Profissionais de Proteção de Dados Pessoais (ANPPD); Pós-graduando em Direito Digital pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ) – ITS; Aluno cursante da 9ª Edição do Curso de Copyright da Faculdade de Direito de Harvard em parceria com a UERJ. Graduando do 9º Semestre em Direito pela Universidade Padre Anchieta (FADIPA) – Jundiá; Graduado em Relações Internacionais pela Universidade Estadual Paulista (UNESP); Membro do Laboratório de Ciências Criminais (IBCCRIM – 2019/2020); Trabalha no setor de Telecomunicações há 10 anos.

¹⁶⁴ **Marissa Torqueto**. Professora e Graduada em Direito pelo Centro Universitário Padre Anchieta

¹⁶⁵ **Pedro Henrique da Silva Bezerra**. Professor e Graduando em Direito pelo Centro Universitário Padre Anchieta.

ABSTRACT

This article, written collectively by UNIANCHIETA students and faculty, will discuss the impacts of the COVID-19 Pandemic on immigration flows in Brazil, based on studies, reports and data from the Migration Portal, and from the High Commissioner. of the United Nations for Refugees (UNHCR) in Brazil.

Keywords: *Covid-19. Migration. Personhood rights. UNHCR; personality rights*

APRESENTAÇÃO

No ano de 2020, o mundo viu-se assolado pelo vírus Sars-Cov 2 (popularmente conhecido por COVID-19), que colocou a sociedade diante de uma nova realidade, tanto em relação à vivência e o contato entre as pessoas, quanto ao que se refere às relações laborais, sociais e econômicas. Após o surgimento da doença em uma região da China, o crescimento exponencial da contaminação fez com que a Organização Mundial da Saúde (OMS) declarasse, em 11 de março de 2020, que o mundo estava diante de uma Pandemia Global.

É conhecido de todos que, com o advento da pandemia, o mundo ficou agravado com problemas econômicos ainda mais severos do que já acompanhávamos anteriormente, e, por consequência, um agravamento nas relações políticas quanto ao procedimento para conter a pandemia e salvar o maior número de vidas possível, sem

prejudicar a economia, apesar de enfrentarmos o desconhecido.

Em 26 de fevereiro de 2020, foi identificado o primeiro caso de COVID -19 no Brasil, e, no início, não tínhamos a mínima noção do que esse vírus causaria no mundo. No site UNA-SUS encontramos as primeiras impressões do então Ministro da Saúde, Luiz Henrique Mandetta, sobre o COVID-19:

“É mais um tipo de gripe que a humanidade vai ter que atravessar. Das gripes históricas com letalidade maior, o coronavírus se comporta à menor e tem transmissibilidade similar a determinadas gripes que a humanidade já superou”

Alguns dias após essa notícia, entretanto, nos vimos presos em casa, sem podermos nos deslocar para nossos locais de trabalho, em situações que somente permitiam o *home office* ou o deslocamento ao local de trabalho em regime de revezamento, por consequência do alastramento do vírus. Medidas de isolamento social foram tomadas para evitar a disseminação ainda maior do vírus, nos privando de nosso convívio social.

Após alguns meses, o terror já tinha tomado conta do mundo e a situação econômica agravou-se cada vez mais, tanto em razão do lapso do sistema de saúde, que passou a investir em profissionais e instrumentos necessários ao atendimento das pessoas acometidas por esse vírus, quanto

pelas paralisações parciais e *lockdowns* necessários para conter a contaminação.

No dia 18/02/2021, a Revista Valor Econômico pontuou a gravidade da pandemia e assinalou os efeitos dessa crise sanitária para a economia: tínhamos encolhido nosso PIB em cerca de 4,3% em 2020.

“Na esteira da ‘maior crise sanitária da nossa época’, como chamou a Organização Mundial de Saúde (OMS), a economia brasileira mais uma vez não andou — ou melhor, foi para trás. A estimativa mais recente de analistas consultados pelo Banco Central é que o PIB (Produto Interno Bruto) tenha encolhido 4,3% no ano passado.” (Valor econômico)

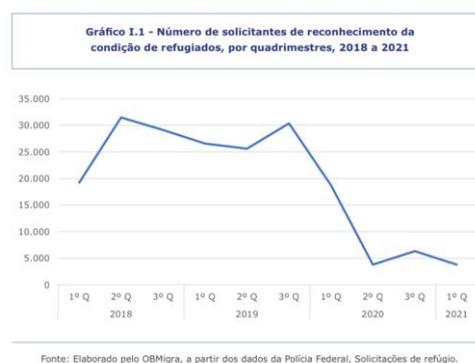
Em 16 de Dezembro de 2021, o site Agência Brasil publicou uma matéria com o título *BC reduz previsão de crescimento da economia de 4,7% para 4,4% em 2021*. A matéria ainda versa que a expectativa do PIB para 2022, reduziu de 2,1% para 1%, o que mostra um agravamento no setor econômico do país.

Todos esses fenômenos mudam a forma como o país reage, usando das relações com os imigrantes que se achegam ao Brasil. Entretanto, antes de entrar no mérito, devemos entender o que é imigração.

1. SOBRE A IMIGRAÇÃO

Imigração é o fenômeno em que um indivíduo sai de seu país para entrar em outro, em determinado território, diferente do seu de origem. Normalmente, os imigrantes saem de seus países pelo advento de guerras, buscando asilo político ou em busca de melhores condições de vida, que é, sem dúvida, grande parte da motivação. Por isso, os países mais desenvolvidos possuem fluxo migratório mais intenso.

Segundo dados publicados do Portal de Imigração, vinculado ao Ministério da Justiça, no primeiro quadrimestre de 2021 houve uma redução de 40,1% do número de solicitações de refúgio, quando comparado ao 3º quadrimestre 2020. Curioso notar, entretanto, que no auge da pandemia, nos 2º e 3º quadrimestres de 2020, houve uma alta de solicitações, apesar das restrições impostas por causa do novo Coronavírus.



Ao olharmos no gráfico, ainda, podemos observar que, em relação ao primeiro quadrimestre de 2020, houve uma

redução de 80% de solicitações em relação ao mesmo período de 2021.

Já nos Estados Unidos, as solicitações de residência permanente só vêm aumentando, com uma queda não tão expressiva em 2020, conforme tabela do site *Homeland Security*, a seguir:

Table 1.
PERSONS OBTAINING LAWFUL PERMANENT RESIDENT STATUS: FISCAL YEARS 1820 TO 2020

Year	Number	Year	Number	Year	Number	Year	Number
1820	8.385	1880	457.257	1940	70.756	2000	841.002
1821	9.127	1881	669.431	1941	51.776	2001	1.058.902
1822	6.911	1882	788.992	1942	28.781	2002	1.059.356
1823	6.354	1883	603.322	1943	23.725	2003	703.542
1824	7.912	1884	518.592	1944	28.551	2004	957.883
1825	10.199	1885	395.346	1945	38.119	2005	1.122.257
1826	10.837	1886	334.203	1946	108.721	2006	1.266.129
1827	18.875	1887	490.109	1947	147.292	2007	1.052.415
1828	27.362	1888	546.889	1948	170.570	2008	1.107.126
1829	22.520	1889	444.427	1949	188.317	2009	1.130.818
1830	23.322	1890	455.302	1950	249.187	2010	1.042.625
1831	22.633	1891	560.319	1951	205.717	2011	1.062.040
1832	60.482	1892	579.663	1952	265.520	2012	1.031.631
1833	58.640	1893	439.730	1953	170.434	2013	990.553
1834	65.365	1894	285.631	1954	208.177	2014	1.016.518
1835	45.374	1895	258.536	1955	237.790	2015	1.051.031
1836	76.242	1896	343.267	1956	321.625	2016	1.183.505
1837	79.340	1897	230.832	1957	326.867	2017	1.127.167
1838	38.914	1898	229.299	1958	253.265	2018	1.096.611
1839	68.069	1899	311.715	1959	260.686	2019	1.031.765
1840	84.066	1900	448.572	1960	265.398	2020	707.362
1841	80.289	1901	487.918	1961	271.344		
1842	104.565	1902	648.743	1962	283.763		
1843	52.499	1903	857.046	1963	306.260		
1844	78.615	1904	812.870	1964	292.246		
1845	114.371	1905	1.026.499	1965	296.697		
1846	154.416	1906	1.100.735	1966	323.040		
1847	234.968	1907	1.285.349	1967	361.972		
1848	226.527	1908	782.870	1968	454.448		
1849	297.024	1909	751.786	1969	358.579		
1850	369.980	1910	1.041.570	1970	373.326		
1851	379.466	1911	878.587	1971	370.478		
1852	371.603	1912	838.172	1972	384.685		
1853	368.645	1913	1.197.892	1973	398.515		
1854	427.833	1914	1.218.480	1974	393.919		
1855	200.877	1915	326.700	1975	385.378		
1856	200.436	1916	298.826	1976 ¹	499.093		
1857	251.306	1917	295.403	1977	458.755		
1858	123.126	1918	110.618	1978	589.810		
1859	121.262	1919	141.132	1979	394.244		
1860	153.640	1920	430.001	1980	524.295		
1861	91.918	1921	805.228	1981	595.014		
1862	91.985	1922	309.556	1982	533.624		
1863	176.282	1923	522.919	1983	550.052		
1864	193.418	1924	706.896	1984	541.811		
1865	248.120	1925	294.314	1985	568.149		
1866	318.568	1926	304.488	1986	600.027		
1867	315.722	1927	335.175	1987	599.889		
1868	138.840	1928	307.255	1988	641.346		
1869	352.768	1929	279.678	1989	1.090.172		
1870	387.203	1930	241.700	1990	1.535.872		
1871	321.350	1931	97.139	1991	1.826.595		
1872	404.806	1932	35.576	1992	973.445		
1873	459.803	1933	23.068	1993	903.916		
1874	313.339	1934	29.470	1994	803.993		
1875	221.498	1935	34.956	1995	720.177		
1876	169.986	1936	36.329	1996	915.560		
1877	141.857	1937	50.244	1997	797.847		
1878	138.469	1938	67.895	1998	653.206		
1879	177.826	1939	82.998	1999	644.787		

¹ Includes the 15 months from July 1, 1975 to September 30, 1979 because the end date of fiscal years was changed from June 30 to September 30.
Source: U.S. Department of Homeland Security.

Em 2020, observamos uma queda bem menos significativa do que a nossa, reforçando a predominância da busca por melhores condições de vida, quando da opção de deixar seu país de origem.

Podemos visualizar, nesta tabela, com um pouco mais de clareza, quanto as pessoas têm preferido sair de seu país de

origem, colocando sua vida em risco e deixando suas histórias, família, amigos, tudo isso na expectativa de melhores salários, moradia, saúde, liberdade, entre outras coisas que os imigrantes tanto procuram.

1.1- LEI DE IMIGRAÇÃO

A necessidade de um regramento específico, para reger os tais movimentos migratórios de pessoas em busca de melhores condições de vida, fez surgir aqui no Brasil o Estatuto do Estrangeiro em 1980, Lei de nº 6.815, porém, instrumento esse, recheado de influências políticas e uma visão pouco humanizada sobre indivíduo não nacional.

O Estatuto do Estrangeiro, criado durante a ditadura militar, tratava das questões de imigração com uma visão discriminatória, considerando o migrante como ameaça nacional, um “Inimigo do Estado” e do trabalhador nacional, sendo, dessa forma, uma necessidade substituí-lo e assim, em consonância com os princípios basilares da Constituição Federal de 1988 e dos Direito Humanos, instituir uma nova lei que garantisse a proteção e igualdade em direitos, bem como, uma sociedade mais democrática.

Promulgada em 24 de maio de 2017, a nova lei brasileira – Lei nº13.445/2017 – trata da situação da Imigração no Brasil, sendo regulamentada pelo Decreto 9.199/2017, trazendo em seu bojo mudanças

significativas, uma visão mais humanitária sobre os imbrólios migratórios e revogando o até então Estatuto do Estrangeiro.

Consagrado pela Carta Magna, em seu Artigo 5º, o princípio da igualdade coloca fim nas dissimilaridades, entre elas, a discriminação e a xenofobia, de brasileiros e não brasileiros, ao apontar que:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição

Da mesma maneira, o artigo 3º da Nova Lei vem dotado das mesmas garantias e princípios em harmonia com a CF e os Direitos Humanos, dos quais destacamos:

Art. 3º A política migratória brasileira rege-se pelos seguintes princípios e diretrizes:
I - universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos;
II - repúdio e prevenção à xenofobia, ao racismo e a quaisquer formas de discriminação;
III - não criminalização da migração;
(...)
VI - acolhida humanitária;
(...)
IX - igualdade de tratamento e de oportunidade ao migrante e a seus familiares;

X - inclusão social, laboral e produtiva do migrante por meio de políticas públicas;

(...)

XII - promoção e difusão de direitos, liberdades, garantias e obrigações do migrante;

Essa nova visão política permitiu que pessoas em situação de risco pudessem buscar no Brasil seu refúgio e a possibilidade de um recomeço com dignidade. Para tanto, a nova terminologia dada ao não brasileiro veio expressa no artigo 1º da Lei já mencionada, perdendo, assim, a conotação discriminativa presente no Estatuto anterior.

Ademais do que já foi destacado, consonante com a Carta Constitucional e os tratados internacionais, a Lei nº13.445/2017 versa sobre importantes mudanças, quando comparada ao texto legal reformado, as quais cabem ressaltar: i) em seus artigos 3 e 119 prevê a simplificação a regularização e a anistia migratória, para aqueles que já se encontram em território brasileiro; ii) o artigo 4º por sua vez, garante entre os direitos fundamentais, o amplo acesso à justiça com assistência jurídica integral, visto humanitário e o acesso a políticas públicas; iii) outra grande mudança, aparece entre os artigos 47 e 49, que abordam a não criminalização por razões migratórias, sendo não punitivo o fato de estar em situação irregular. Também, o artigo 60 aborda vedações às situações de expulsão.

Cabe ainda dizer que a concessão da naturalização, tida como ato político anteriormente, pela nova lei passa a ser um ato predominantemente administrativo, exceto em modalidades especial e provisória.

A nova Lei ainda conceitua o migrante, deixa expresso a previsão de “repatriação”, deportação e como já dito, a expulsão. Especifica quais são os documentos necessários para o migrante portar e, também, em seu artigo 45 alude sobre as situações de impedimento para adentrar ao Brasil.

De modo geral, a nova lei de Imigração apresenta-se como uma ferramenta de ampliação de cooperação internacional, bem como, vem desconstruir a indiferença e promover a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais.

2. DIREITOS DA PERSONALIDADE: HISTÓRICO, CONCEITO E CARACTERÍSTICAS

¹⁶⁶ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil*: parte geral. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 182. Na mesma linha, veja-se DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, volume 1: teoria geral do direito civil. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 133-134.

¹⁶⁷ PEREIRA, Caio M. da S. *Instituições de direito civil*, v. 1. Atual. MORAES, Maria Celina Bodin de. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 202.

¹⁶⁸ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil*: parte geral. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 182. Nesse sentido, assinala Caio Mário que os direitos da personalidade são “atinentes à própria natureza humana, ocupam eles posição

De início, cumpre salientar que a personalidade, enquanto tal, não é em si um direito. É, antes, “um conceito básico sobre o qual se apoiam os direitos.”¹⁶⁶ Os direitos – e também obrigações – irradiam-se dela.¹⁶⁷ Logo, a personalidade é o elemento gerador dos chamados direitos da personalidade.

A personalidade é algo que o ser humano carrega desde seu princípio, como espécie e como indivíduo. Por essa razão, os direitos da personalidade são ligados ao Direito Natural,¹⁶⁸ que pugna a existência de direitos inatos, cujo titular é o ser humano. Exemplos são o direito à vida, à liberdade, à saúde, à honra etc.¹⁶⁹ No que tange a este particular, Carlos Alberto Bittar adotando a corrente naturalista, assevera que:

[...] os direitos da personalidade constituem direitos inatos – como a maioria dos escritores ora atesta –, cabendo ao Estado apenas reconhecê-los e sancioná-los em um ou outro plano do direito positivo – em nível constitucional ou em nível de legislação ordinária

supraestatal, já tendo encontrado nos sistemas jurídicos a objetividade que os ordena, como poder de ação, judicialmente exigíveis.” PEREIRA, Caio M. da S. *Instituições de direito civil*, v. 1. Atual. MORAES, Maria Celina Bodin de. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 200. ¹⁶⁹ PEREIRA, Caio M. da S. *Instituições de direito civil*, v. 1. Atual. MORAES, Maria Celina Bodin de. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 200. Na mesma linha, VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil*: parte geral. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 182 e GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, v. 1: parte geral. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 71.

–, e dotando-os de proteção própria, conforme o tipo de relacionamento a que se volte, a saber: contra o arbítrio do poder público ou as incursões de particulares.¹⁷⁰

Elimar Szaniawski define os direitos da personalidade como a proteção que se dá aos bens inerentes à pessoa humana, quais sejam, a vida, a liberdade, a honra etc.¹⁷¹

Em maior ou menor grau, embora com nomes diversos, a proteção proporcionada pelos direitos da personalidade quase sempre existiu. Por isso, Caio Mário da Silva Pereira destaca que

[...] em todos os tempos e em todas as fases da civilização romano-cristã, a proteção dos direitos da personalidade nunca em verdade faltou. Conceitos, normativos como teóricos, asseguraram sempre condições mínimas de respeito ao indivíduo, como ser, como pessoa, como integrante da sociedade. Todos os sistemas jurídicos, em maior ou menor escala, punem os atentados contra a vida, à integridade tanto física quanto moral.¹⁷²

Acrescente-se que o que há de novo na ordem jurídica é a sistematização dos direitos da personalidade.¹⁷³

A linha evolutiva dos direitos da personalidade vem se desenrolando há séculos, com a instituição de diversos atos, citados aqui não de maneira exaustiva, mas meramente exemplificativa, tais como a Magna Carta de 1215, que estabeleceu o *habeas corpus*; a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789; o Bill of Rights estadunidense, de 1791; a Carta das Nações Unidas, de 1945; a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948.

Na esteira desses últimos atos do século XX, que vinham a enfatizar cada vez mais a defesa dos direitos humanos e da personalidade, a Constituição Federal de 1988 objetivou insculpir tais direitos em seu texto, especialmente em seu art. 5º, buscando não apenas situá-los no topo do ordenamento jurídico brasileiro, mas dando-lhes a condição de cláusulas “pétreas”, conferindo uma qualidade de estabilidade soberana, para que não

¹⁷⁰ BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 38.

¹⁷¹ SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos da personalidade e sua tutela*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993, p. 35.

¹⁷² PEREIRA, Caio M. da S. *Instituições de direito civil*, v. 1. Atual. MORAES, Maria Celina

Bodin de. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 200.

¹⁷³ PEREIRA, Caio M. da S. *Instituições de direito civil*, v. 1. Atual. MORAES, Maria Celina Bodin de. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 200.

fossem esses direitos manipulados ao arbítrio dos detentores sazonais do poder.

Anos depois, em 2002, o Código Civil viria a introduzir um capítulo específico, intitulado de “Direitos da Personalidade”, disciplinados nos arts. 11 a 21.¹⁷⁴

Além disso, tal constitucionalização e, mormente, tal “petrificação”, tornaram o sistema de proteção coeso, uma vez que celebram e conectam-se ao princípio da dignidade da pessoa humana, disposto no art. 1º, III, da CF/1988. Inclusive, a célebre civilista Maria Helena Diniz já assinalara que “destinam-se os direitos da personalidade a resguardar a dignidade humana”¹⁷⁵.

O princípio da dignidade da pessoa humana tem sido considerado como uma *cláusula geral de tutela da personalidade*, pois torna-se possível a partir dele a defesa dos direitos humanos e por conseguinte, da personalidade.¹⁷⁶

Observamos, portanto, que, no Brasil, os direitos da personalidade guardam estreita relação com os direitos fundamentais. Daí, falar-se numa concepção civil-constitucional dos direitos da personalidade.¹⁷⁷ A esse respeito, Silvio de Salvo Venosa atesta que os direitos da personalidade são “direitos privados fundamentais, que devem ser respeitados como conteúdo mínimo para permitir a existência e a convivência dos seres humanos.”¹⁷⁸ O notório civilista assevera que os “princípios dos direitos da personalidade estão expressos de forma genérica em dois níveis. Na Constituição Federal, que aponta sua base, com complementação no Código Civil brasileiro, que os enuncia de forma mais específica.”¹⁷⁹

Ainda a esse respeito, Carlos Alberto Bittar sustenta que os direitos da personalidade estariam na esfera do Direito Privado, e os direitos fundamentais, na esfera do Direito

¹⁷⁴ Quanto à disciplina constantes dos Códigos Civis de 1916 e de 2002, acresça-se que “os direitos da personalidade encontravam disciplina esparsa e marginal na legislação codificada anterior, o atual Código trata de maneira sistematizada da matéria, discutindo inclusive aspectos hodiernos dos reflexos da tecnologia em face dos direitos.” BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 105.

¹⁷⁵ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, v. 1: teoria geral do direito civil. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 152. No mesmo sentido BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 42.

¹⁷⁶ TARTUCE, Flávio. *Direito civil: lei de introdução e parte geral*, v. 1. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 227-228. Também em PEREIRA, Caio M. da S. *Instituições de direito civil*, v. 1. Atual. MORAES, Maria Celina Bodin de. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 201; e DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, v. 1: teoria geral do direito civil. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 133.

¹⁷⁷ TARTUCE, Flávio. *Direito civil: lei de introdução e parte geral*, v. 1. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 225-228.

¹⁷⁸ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 182.

¹⁷⁹ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 182.

Público, porém essas distinções têm limites e restrições. O que se observa hodiernamente é a incidência dos direitos fundamentais sobre a dimensão civil-privada, e que os direitos fundamentais se traduzam em direitos da personalidade, sendo, assim, integralizados no ordenamento jurídico, de forma a tutelar mais e mais os direitos da pessoa humana.¹⁸⁰

No escólio de Maria Helena Diniz, os direitos da personalidade são os:

*[...] direitos subjetivos da pessoa de defender o que lhe é próprio, ou seja, a identidade, a liberdade, a sociabilidade, a reputação, a honra, a autoria etc. Por outras palavras, os direitos da personalidade são direitos comuns da existência, porque são simples permissões dadas pela norma jurídica, a cada pessoa, de defender um bem que a natureza lhe deu, de maneira primordial e direta.*¹⁸¹

Segue-se a isso que, sendo esses direitos violados, cabe indenização, que,

embora seja pecuniária, o sentido econômico dos direitos da personalidade é secundário, diferindo, destarte, dos direitos patrimoniais propriamente ditos. Os danos decorrentes da violação dos direitos da personalidade são de caráter moral.¹⁸²

Passemos agora às características dos direitos da personalidade.

Primeiramente, os direitos da personalidade colocam-se em duas categorias gerais: i) adquiridos; e ii) inatos.¹⁸³

Os adquiridos, que são disciplinados nos termos e na extensão do ordenamento jurídico.

Os inatos estão numa posição superior às determinações legislativas.

Dentro desses direitos inatos, há características específicas. Os direitos inatos da personalidade são a) absolutos, porque são oponíveis erga omnes, pressupondo um dever geral de abstenção dos demais indivíduos; b) irrenunciáveis, porque seu titular não pode dispor deles;¹⁸⁴ c) intransmissíveis,

¹⁸⁰ BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 59-61.

¹⁸¹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, volume 1: teoria geral do direito civil. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 134.

¹⁸² VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 183.

¹⁸³ PEREIRA, Caio M. da S. *Instituições de direito civil*, v. 1. Atual. MORAES, Maria Celina Bodin de. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 203.

¹⁸⁴ Maria Helena Diniz explica, contudo, que “há temperamentos quanto a isso. Poder-se-á, p. ex., admitir sua disponibilidade em prol do interesse social; em relação ao direito da imagem, ninguém poderá recusar que sua foto fique estampada em documento de identidade. Pessoa famosa poderá explorar sua imagem na promoção de venda de produtos, mediante pagamento de uma remuneração convencional. Nada obsta a que, em relação ao corpo, alguém, para atender a uma situação altruística e terapêutica, venha a ceder, gratuitamente, órgão

porque não podem ser transferidos a outrem; d) imprescritíveis, porque seu não uso ou a não defesa deles não os extingue; e) extrapatrimoniais, pois são “insuscetíveis de aferição econômica, tanto que, se impossível for a reparação *in natura* ou a reposição do *statu quo ante*, a indenização pela sua lesão será pelo equivalente”¹⁸⁵; f) impenhoráveis, pois insuscetíveis de penhora; g) vitalícios, pois perduram por toda a existência do titular, e, em alguns casos, os direitos continuam após a morte, como por exemplo, com relação a sua imagem, honra e direito moral de autor persistem; h) ilimitados, pois os direitos da personalidade não são *numerus clausus*. O que é previsto normativamente não os fecha, podendo novos direitos surgir à medida em que o tempo e os avanços se apresentam.

Ainda, os direitos da personalidade são classificados por R. Limongi França, citado por Maria Helena Diniz, em três

grupos: i) direito à integridade física, por exemplo, a vida, os alimentos, o próprio corpo vivo ou morto, o corpo alheio vivo ou morto, as partes separadas do corpo vivo ou morto; ii) direito à integridade intelectual, como a liberdade de pensamento, a autoria científica, artística, literária etc.; e iii) direito à integridade moral, como a liberdade civil, política e religiosa, a honra, a honorificência, o recato, o segredo pessoal, doméstico e profissional, a imagem, e a identidade pessoal, familiar e social.¹⁸⁶

3. OS IMPACTOS DO COVID 19 NOS FLUXOS IMIGRATÓRIOS

A Pandemia do COVID-19 impactou, de forma substancial, os fluxos migratórios internos e internacionais – inclusive no Brasil. As medidas que os países adotaram para evitar o crescimento exponencial do contágio da Pandemia, como as restrições à mobilidade urbana e

ou tecido. Logo, os direitos da personalidade poderão ser objeto de contrato como, por exemplo, o de concessão ou licença para uso de imagem ou de marca (se pessoa jurídica); o de edição para divulgar uma obra ao público; o de merchandising para inserir em produtos uma criação intelectual, com o escopo de comercializá-la, colocando, p. ex., desenhos de Disney em alimentos infantis para despertar o desejo das crianças de adquiri-los, expandindo, assim, a publicidade do produto. Como se vê, a disponibilidade dos direitos da personalidade é relativa.” DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, volume 1: teoria geral do direito civil. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 135. Na mesma linha BITTAR, Carlos Alberto. Os

direitos da personalidade. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 44.

¹⁸⁵ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, volume 1: teoria geral do direito civil. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 135.

¹⁸⁶ FRANÇA, R. Limongi. *Manual de direito civil*, v. 1. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1975, p. 411 *apud* DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, volume 1: teoria geral do direito civil. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 138. Embora com nomes diferentes, é similar a classificação de Carlos Alberto Bittar ao estabelecer que os direitos da personalidade são divididos em direitos físicos, direitos psíquicos e direitos morais.

fechamento das fronteiras dos países, afetaram o bem-estar dos indivíduos, com repercussões na garantia dos direitos da personalidade.

Uma das formas que a sociedade encontrou para tentar evitar o agravamento da situação dos imigrantes foi aumentar a interação dos trabalhos das organizações da sociedade civil com os governos locais, lideranças religiosas e Organizações Internacionais. Segundo Estudo do Banco Mundial sobre os impactos da COVID-19 no Brasil:

Embora o Brasil tenha um dos sistemas de saúde mais robustos da América Latina, a capacidade é bastante desigual em todo o país. A propagação do vírus em áreas mais pobres e com menor capacidade de atendimento médico, especialmente nas regiões norte e nordeste, apresenta uma ameaça à capacidade de resposta do sistema aos aumentos da demanda por serviços. Isso aumentaria a pressão sobre o sistema de saúde pública já superlotado, colocando em risco mais vidas, particularmente entre os pobres e vulneráveis¹⁸⁷

De acordo com os dados do Governo Federal Brasileiro, atualmente cerca de 1,3 milhão de imigrantes residem no Brasil. Em

dez anos houve um crescimento de 24,4% no número anual de novos imigrantes registrados, provenientes na maioria da Venezuela, Haiti, Bolívia, Colômbia, Peru e Senegal¹⁸⁸. Além disso, as solicitações de reconhecimento da condição de refugiado também aumentaram, passando de 1,4 mil (em 2011), para 28,8 mil em 2020¹⁸⁹.

Não há dúvidas de que a Pandemia afeta os fluxos internacionais migratórios e as condições de vida do imigrante. Aquele que migra, geralmente, o faz buscando melhores condições de vida, seja para sair de uma zona de conflito, fugindo de crises ambientais, ou de ordem político-econômico-sociais. Mas, diante de um cenário pandêmico, a criticidade aumenta ainda mais, dado que o imigrante também está diante de um cenário ainda mais inóspito.

Em um primeiro momento, a existência de uma Pandemia poderia afetar os fluxos migratórios dado o fato dos países, como ocorreu com o caso do COVID-19, fecharem suas fronteiras, e ao adotarem políticas de proibição de fornecimento de vistos – como feito pelo governo norte-americano¹⁹⁰. Desta forma, fica ainda mais

187

Fonte: <https://www.worldbank.org/pt/country/brazil/publication/covid-19-in-brazil-impacts-policy-responses> Acesso em 16 de março de 2022.

188

Fonte: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2021-12/numero-de-novos-imigrantes-cresce-244-no-brasil-em-dez-anos#:~:text=Atualmente%201%2C3%20milh>

%C3%A3o%20de%20imigrantes%20residem%20no%20Brasil.,26%2C5%20mil%20em%202020. Acesso em 15 de março de 2022.

¹⁸⁹ Idem.

190

Fonte: <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2020/05/24/eua-anunciam-proibicao-de-entrada-de-viajantes-vindos-do-brasil-por-cao-de>

difícil para o imigrante adentrar as fronteiras dos países. Outro aspecto que deve ser analisado é que, devido à diminuição dos fluxos imigratórios, o mercado de trabalho e toda a economia reflete este refluxo imigratório, especialmente nos países e segmentos econômicos que dependem de mão de obra imigrante.

De acordo com informações do Dados do Relatório Anual da Imigração – 2020, publicados no Portal da Imigração do Governo Federal brasileiro, os fluxos migratórios no Brasil caíram drasticamente entre março e agosto de 2020¹⁹¹. De acordo com estes dados, nas movimentações na fronteira, o volume médio mensal de movimentos de entrada e saída pelas fronteiras no ano de 2019 era de quase 2,5 milhões – enquanto nos meses de abril e maio de 2020 esse número girou em torno de 90 mil, e caiu para menos de 40 mil em junho e julho. Ou seja, uma queda de aproximadamente 51,7%¹⁹². Além disso, de acordo com esse Relatório, a nacionalidade que teve maior queda neste fluxo foi a dos venezuelanos, que chegou a ser 70% menor do que em anos anteriores.

coronavirus.ghtml Acesso em 20 de março de 2022.

¹⁹¹ Fonte: https://portaldeimigracao.mj.gov.br/images/dados/relatorio-anual/2020/Resumo%20Executivo%20_Relat%C3%B3rio%20Anual.pdf Acesso em 20 de março de 2022.

Figura 1 – Movimentos pelos postos de fronteira, segundo mês de registro, Brasil, 2010-2020*

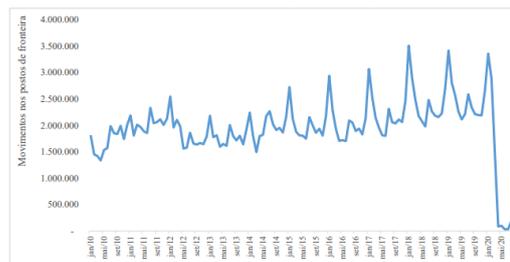
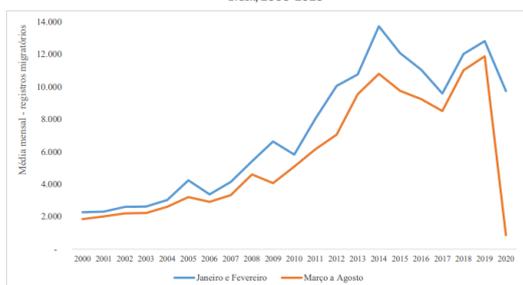


Figura 3 - Média mensal do número de registros migratórios, segundo ano e mês de entrada, Brasil, 2000-2020*



Fonte: elaborado pelo OBMigra a partir dos dados da Polícia Federal, SisMigra, 2020

* Dados disponíveis até agosto de 2020

3.1 – QUESTÃO DOS REFUGIADOS NO BRASIL

Um fato a ser destacado é que o governo brasileiro, em 19 de setembro de 2020, publicou um despacho¹⁹⁴ do Comitê Nacional para os Refugiados (Conare) formalizando o reconhecimento da condição de refugiados de mais de 7.786 venezuelanos que já viviam no país¹⁹⁵. Importante destacar que, embora o refugiado tenha autorização de residência por prazo indeterminado, ele pode, após quatro anos, requerer sua naturalização como brasileiro¹⁹⁶,

Mesmo diante deste reconhecimento, de acordo com o Diagnóstico Participativo do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR) no Brasil¹⁹⁷, relatório baseado pelas consultas às pessoas refugiados

e solicitantes da condição de refugiado no Brasil de outubro a novembro de 2020, as cinco principais necessidades prioritárias identificadas por estas pessoas – muitas vezes exacerbadas pela pandemia da COVID-19, foram: i) geração de renda e autossuficiência; ii) situações que incorrem violência ou risco na comunidade; iii) acesso à moradia (aluguel, abrigos), água, saneamento e higiene; iv) saúde e; v) educação.

Sobre a preocupação da geração de renda, a principal barreira foi o idioma, bem como dificuldades de reconhecimento de habilidades – tais como experiências de trabalhos realizados nos países de origem, bem como a validação de diplomas acadêmicos. Diante de tal cenário, os refugiados têm dificuldade para inserção no mercado de trabalho e ficam, cada vez mais, dependentes de programas assistenciais do governo. Outra consequência diante de tais dificuldades é a inserção no mercado de trabalho informal, que pode levá-los a recorrer, até mesmo, à prostituição, para obter meios de sobrevivência. Por fim, ainda sobre as questões relacionadas à renda, há dificuldade de acesso aos serviços financeiros

¹⁹⁴ Fonte: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/despacho-277428758> Acesso em 20 de março de 2022.

¹⁹⁵ Fonte: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2020-09/brasil-reconhece-situacao-de-refugiado-7786-venezuelanos#:~:text=O%20Comit%C3%AA%20Nacional%20para%20os,148%C2%AA%20r>

euni%C3%A3o%20ordin%C3%A1ria%20do%20Conare. Acesso em 20 de março de 2022.

¹⁹⁶ Além de também poder solicitar a extensão dos efeitos de sua condição para membros de sua família e solicitar visto de reunião familiar para parentes que estejam fora do Brasil.

¹⁹⁷ Fonte: <https://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2021/06/ACNUR-Relatorio-Vozes-das-Pessoas-Refugiadas-reduzido.pdf> Acesso em 20 de março de 2022.

e à abertura de contas bancárias, principalmente devido a problemas no reconhecimento de documentos¹⁹⁸.

Em relação à insegurança e violência, é crítico o fato de 1 em cada 3 pessoas refugiadas que participaram das consultas da ACNUR relatarem terem sofrido casos de violência por algum membro da família já no Brasil¹⁹⁹. Na maioria das situações, os refugiados encontram-se localizados em áreas marginalizadas e sem instrumentos institucionais do Estado, propiciando maior exposição à violência urbana e aumento do sentimento de insegurança. Um dado que chama bastante atenção é o aumento da violência relacionada à questão de gênero, que geralmente expõe a mulher a uma situação de maior risco. Esta maior exposição feminina a tais condições de violência de gênero aumenta ainda mais quando estão presentes situações de desemprego, uso de drogas e excesso de álcool de seus(suas) companheiros(as). Outro parâmetro importante é que, dado o cenário de ausência de renda e meios de subsistência entre as famílias de refugiados, os casos de violência familiar entre pais(mães) e filhos(as) aumentam de forma relevante. Como consequências, crianças e adolescentes sofrem com problemas físicos e psíquicos que podem refletir na vida adulta.

Sobre o acesso à moradia, água, saneamento e higiene para os refugiados, de acordo com os dados levantados pela consulta do ACNUR Brasil: a maioria dos refugiados relataram que as rendas que obtêm não são suficientes para arcar com os custos de aluguel – fato este que os levam a buscar moradias espontâneas (albergues), ou até mesmo viver em situação de rua. Mesmo em tais locais, os refugiados relataram que muitas vezes as casas compartilhadas e/ou os respectivos cômodos abrigavam muitas famílias, em um cenário de superlotação em plena pandemia da COVID-19. Outro ponto importante é que a falta de acesso adequado ao saneamento básico tem por consequência o aumento de problemas de saúde, como desnutrição, situações que afetam especialmente as crianças. Por fim, a ausência de privacidade e intimidade dos refugiados propicia um contexto de oportunidade de mais casos de abusos sexuais, bem como problemas relacionados ao bom desenvolvimento da personalidade e saúde emocional/mental, impactando, diretamente, a autoestima destas pessoas.

A saúde, mesmo sendo uma garantia constitucional a todos os indivíduos que estão localizados em território nacional, tem obstáculos de ordem prática e burocrática para que tal direito possa ser devidamente

¹⁹⁸ Fonte: <https://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2021/06/ACNUR-Relatorio->

Vozes-das-Pessoas-Refugiadas-reduzido.pdf
Acesso em 20 de março de 2022.

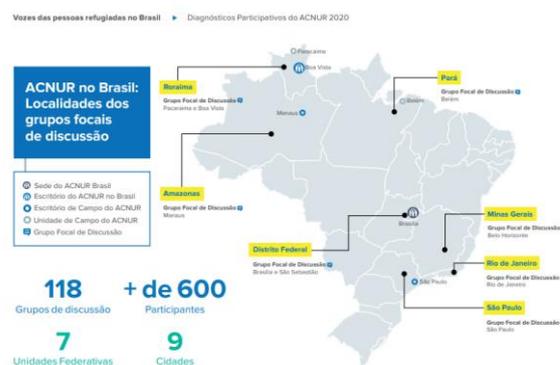
¹⁹⁹ Idem.

garantido aos refugiados. A impossibilidade de pagamento de determinados tratamentos, como os relacionados à saúde mental, e de medicamentos (mesmo aqueles para o tratamento de HIV), afetam tais indivíduos no Brasil. A falta de informações sobre o acesso ao programa de saúde sexual e reprodutiva também impactam os refugiados, principalmente devido a problemas de comunicação com estas pessoas.

Por fim, sobre o tema relacionado à educação, o acesso à conectividade (especialmente devido ao fato de o ensino ter sido realizado à distância durante a pandemia da COVID-19), a falta de informações sobre as vagas disponíveis nas escolas e procedimentos para a efetivação de matrícula também foram relatados pelos refugiados. A ausência de ensino da língua portuguesa especialmente para os refugiados também é um desafio que precisa ser superado, especialmente na rede pública de ensino. Os altos índices de evasão escolar estão relacionados a situações de bullying, racismo, xenofobia e dificuldades em aprender o idioma.

Além dos problemas relatados, a consulta aos refugiados da ACNUR Brasil também constatou outros problemas, como documentação, dificuldade de reunião familiar, participação/integração na comunidade, acesso à informação e

comunicação, apoio socioeconômico e assistência social, alimentação, integração social e interiorização. A figura abaixo, retirada do Relatório da ACNUR²⁰⁰, indica como foram produzidas tais consultas.



CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo deste artigo foi discorrer sobre os impactos que a Pandemia de Covid 19 teve nos fluxos de imigração, em especial no Brasil. Para tanto, num primeiro momento foi feita uma contextualização a respeito da Pandemia e a sua amplitude na sociedade. Foi destacado que a sociedade ainda está sofrendo e se recuperando desta grave situação sanitária, que teve consequências econômicas, sociais, trabalhistas e, obviamente, na saúde.

Na sequência, foi discorrido sobre os direitos da personalidade, com enfoque na importância da tutela dos direitos fundamentais garantidos na Constituição

²⁰⁰ Fonte: <https://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2021/06/ACNUR-Relatorio->

Vozes-das-Pessoas-Refugiadas-reduzido.pdf
Acesso em 20 de março de 2022.

Federal, bem como nos Tratados e Convenções em que o Brasil é parte. Foi analisada a importância da Lei de Imigração brasileira, bem como as implicações das alterações recentes que esta lei sofreu.

Por fim, foi analisada os fluxos de recepção dos imigrantes no Brasil, com análise das origens, faixa etária, gênero, a situação em que se encontram em seu país de origem e, especialmente, relatos sobre a situação de acolhimento pelo governo brasileiro e demais instituições que fazem este tipo de acolhida aos imigrantes. As cinco principais necessidades prioritárias identificadas pelos imigrantes – muitas vezes exacerbadas pela pandemia da COVID-19, foram: i) geração de renda e autossuficiência; ii) situações que incorrem violência ou risco na comunidade; iii) acesso à moradia (aluguel, abrigos), água, saneamento e higiene; iv) saúde e; v) educação. De fato, a Pandemia do Covid 19 teve uma consequência considerável no acolhimento dos imigrantes no território brasileiro.

BIBLIOGRAFIA

- BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, volume 1: teoria geral do direito civil. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, v. 1: parte geral. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.
- GUERRA, S. (2017). *Alguns aspectos sobre a situação jurídica do não nacional no brasil: da lei do estrangeiro à nova lei de migração*. *Revista Direito Em Debate*, 26(47), 90–112.
<https://doi.org/10.21527/2176-6622.2017.47.90-112>
- MENDES, Aylle de Almeida e BRASIL, Deilton Ribeiro. *A Nova Lei de Migração Brasileira e sua Regulamentação da Concessão de Vistos aos Migrantes*. Sequência (Florianópolis) [online]. 2020, n. 84 [Acessado 14 Fevereiro 2022], pp. 64-88. Disponível em:
<<https://doi.org/10.5007/2177-7055.2020v43n84p64>>. Epub 08 Jun2020. ISSN 2177-7055.
<https://doi.org/10.5007/2177-7055.2020v43n84p64>.
- NARDELLA-DELLOVA, Pietro (direção e organização) et al. *Antropologia Jurídica: uma contribuição sob múltiplos olhares*. 2ª edição. São Paulo: Scortecci, 2018.
- NARDELLA-DELLOVA, Pietro. “A Eficácia Imediata e Direta das Normas de Direitos Fundamentais em face do Estado e das Relações Privadas”, in *Rev. Jurídica Logos*, 2016, p. 41.
- NARDELLA-DELLOVA, Pietro. “Acerca do Movimento Crítico do Direito e os Núcleos Familiares”, in CARVALHO, Salo (org.) et al. *Para Além do Direito Alternativo e do Garantismo Jurídico*. RJ: Lumen Juris, 2016.
- NARDELLA-DELLOVA, Pietro. “Direitos Humanos e Refugiados”, in BARROSO, Luis Roberto et al (orgs.). *Refugiados, Imigrantes e Igualdade dos Povos*. SP: Quartier Latin Editora, 2017.
- NARDELLA-DELLOVA, Pietro. “Racismo e Exclusão na Distribuição de

Água: Uma Reflexão a partir da Gestão do Governo do Estado de São Paulo, in Revista de Direito Padre Anchieta, Ano 15, n. 23, 2015, p. 68.

NARDELLA-DELLOVA, Pietro. “*Reflexão Jurídica sobre Direito e Sociedade*”, in GUERRA, Willis S. (org) ALTERNATIVAS POLÍTICAS AO DIREITO. RJ: Lumen Juris, 2014.

NARDELLA-DELLOVA, Pietro. “*Terra: Uso e Abuso no Contexto Social Brasileiro*”, in Revista Jurídica Logos n. 8., 2015, p. 379.

NARDELLA-DELLOVA, Pietro. “*Uma Reflexão sobre Direitos Humanos e Refugiados*”, in Revista Logos n. 9, 2016, p. 153.

NARDELLA-DELLOVA, Pietro. *A Crise Sacrificial do Direito*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da USP, 2000.

NARDELLA-DELLOVA, Pietro. *Judaísmo e Direitos Humanos*. Tese de Doutorado. PUC/SP, 2020.

NARDELLA-DELLOVA, Pietro (org) et al.. *Direito, Mito e Sociedade*. São Paulo: Scortecci Editora, 2021.

NARDELLA-DELLOVA, Pietro. *Pierre Proudhon e sua Teoria Crítica do Direito Civil*. São Paulo: Scortecci, 2020.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, v. 1. Atual. MORAES, Maria Celina Bodin de. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

REVISTA DE CIÊNCIAS SOCIAIS E JURÍDICAS – FADIPA, disponível em <https://revistas.anchieta.br/index.php/revistadecienciasociaisjuridica/issue/archive>

REVISTA DE DIREITO CIVIL – RDC FADIPA, disponível em <https://revistas.anchieta.br/index.php/RevistaDirCivil/issue/archive>

TARTUCE, Flávio. *Direito civil: lei de introdução e parte geral*, v. 1. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

Legislação

BRASIL. *Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Centro Gráfico, 1988

LEI 13.445, DE 24 DE MAIO DE 2017. *Institui a Lei de Imigração*. Disponível em:

<
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113445.htm>. Acesso em 14 de fevereiro de 2022

Links afins

<https://www.unasus.gov.br/noticia/coronavir-us-brasil-confirma-primeiro-caso-da-doenca>

<https://valor.globo.com/economia/na-pandemia/>

https://portaldeimigracao.mj.gov.br/images/Obmigra_2020/Relatórios_Conjunturais/_Informativo_Conjuntural_-_1º_qudri_2020_1.pdf

<https://www.dhs.gov/immigration-statistics/yearbook/2020>

<https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2021-12/bc-reduz-previsao-de-crescimento-da-economia-de-47-para-44-em-2021>

**POSSE DA TERRA URBANA E SUAS
IMPLICAÇÕES NA PRESERVAÇÃO
DO MEIO AMBIENTE E O
ADEQUADO USO DO SOLO
URBANO – UM ESTUDO SOBRE AS
ÁREAS DE PROTEÇÃO
PERMANENTE E UTILIZAÇÃO DOS
ESPAÇOS URBANOS DE FORMA
SUSTENTÁVEL E AS POLÍTICAS
PÚBLICAS QUE PODEM SER
IMPLEMENTADAS**

*Renato Gumier Horschutz*²⁰¹
*Prof. Dr. Pietro Nardella-Dellova*²⁰²

RESUMO

²⁰¹ **Renato Gumier Horschutz**, advogado, formado pela Universidade Metodista de Piracicaba (Unimep), ano de 1997, com Pós - Graduação “*Latu Sensu*” em Direito do Trabalho e Processual do Trabalho, ano de 2010, pela Universidade/Faculdade Inesp – Instituto Nacional de Ensino Superior e Pesquisa. Entre 2007 até agosto de 2010, atuou como assessor jurídico na Prefeitura de Itapira, na área de licitações e contratos. De setembro de 2010 até janeiro de 2011, atuou como assessor jurídico na Prefeitura de Jaguariúna, na área administrativa, processos administrativos. De fevereiro de 2011 até início de janeiro de 2012, no Ceprosom – Centro de Promoção Social de Limeira, como procurador jurídico concursado. Desde 2012, atua como procurador jurídico concursado no Município de Americana, tendo atuado na área do Contencioso Fiscal (Execução Fiscal e processos judiciais tributários) entre janeiro de 2012 a novembro de 2016, na Área Cível, entre novembro de 2016 até julho de 2021 e na área trabalhista atualmente desde agosto de 2021 até a presente data.

²⁰² **Pietro Nardella-Dellova** é Doutor e Mestre em Direito (Direito Civil/Teorias da Propriedade) pela Universidade Federal Fluminense, UFF, e Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, USP. É Doutor e Mestre em Ciência da Religião (Antropologia/Literatura/Religião/Direito) pela Pontifícia Universidade Católica, PUC/SP. É Pós-graduado em Literatura e Direito Civil e Processo Civil. É Graduado em Filosofia e Direito. Foi membro efetivo da Comissão de Direito e Liberdade Religiosa e, também, da Comissão de Bioética da OAB/SP – São Paulo. É Membro efetivo da Comissão de Notáveis da OAB/BC, Balneário de Camboriú, Santa Catarina; É Membro da “*Accademia Napoletana*

O presente artigo jurídico tem por objeto analisar as questões da posse da terra urbana, tendo em vista as limitações legais decorrentes das áreas de proteção permanente e como o Município, entidade federativa que deve regular o uso e parcelamento do solo urbano, pode influir na preservação do meio ambiente sustentável e constituir cidades sustentáveis, evitando a retirada forçada, por meio da ação de reintegração de posse ou de medidas judiciais presentes no ordenamento jurídico nacional, e por meio de políticas públicas conseguir a preservação de áreas de APP e ainda promover o adequado uso do

per la Cultura di Napoli”, Nápoles, Itália; Associado ao Grupo Martin Buber, de Roma, para o Diálogo entre Israelenses e Palestinos; Associado ao Grupo “*Judeus Pela Democracia*” (Israel, USA e Brasil) e do Grupo Jewish/Muslin de New York. É Autor de vários livros, entre os quais, Pierre Proudhon e sua Teoria Crítica do Direito Civil (2020) e Direito, Mito e Sociedade (2021), assim como de centenas de artigos e pareceres jurídicos; é Poeta, com vários livros de Poesia publicados, e membro da UBE – União Brasileira de Escritores. Em 2004, criou e coordenou o CPPJ – Centro de Pesquisa e Prática Jurídica “*Prof. Goffredo Telles Jr.*”. Em 2011 criou e coordenou o Grupo de Estudos e Pesquisas NUDAR – Teorias Críticas Aplicadas ao Direito Civil. É Pesquisador Líder do Grupo de Pesquisa TC TCLAE CNPq, e da Linha de Pesquisa “*Direito Civil Constitucional, Teorias Críticas e Educação*”. É Pesquisador Integrante do Grupo de Pesquisa VEREDAS PUC/SP-CNPq. É Professor, desde 1990, de Literatura, Direito Civil, Filosofia, Direito Processual Civil e Direitos Humanos em vários cursos (graduação e pós-graduação), entre os quais, Universidade Federal Fluminense, Faculdade de Direito Padre Anchieta, ESA – Escola Superior da Advocacia, EMERJ – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Atuou como Professor visitante (2011-2013) na Faculdade de Direito da USP, abordando o tema “*Direito Romano, Direito Civil e Direito Hebraico Comparados*”. Foi Pesquisador bolsista CAPES/FUNDASP no Programa de Estudos Pós-graduados da PUC/SP. Atualmente, também desenvolve estudos e pesquisas em New York, USA na área de Direitos Humanos e no Seminário Rabínico Latinoamericano de Buenos Aires, Argentina, em Fontes Judaicas da Filosofia e do Direito.

solo urbano e a preservação do meio ambiente em suas localidades.

Palavras-chave: *direito de posse, meio ambiente, cidades, reintegração de posse*

ABSTRACT

This legal article aims to analyze the issues of ownership of urban land, in view of the legal limitations arising from areas of permanent protection and how the Municipality, a federative entity that must regulate the use and subdivision of urban land, can influence the preservation of the sustainable environment and build sustainable cities, avoiding forced removal through the action of repossession or legal measures present in the national legal system and through public policies to achieve the preservation of APP areas and promote the proper use of land urban environment and the preservation of the environment in their localities

Keywords: *ius possessionis, environment, cities, repossession*

INTRODUÇÃO AO TEMA

PROPOSTO

O tema proposto se mostra um dos mais sensíveis da atualidade, eis que a posse e utilização do solo urbano, realizada pela população em geral, tem limitações decorrentes de leis federais, tais como as áreas de preservação permanente, reguladas pelo Código Florestal Nacional e existentes nas cidades, tais como áreas contíguas a rios, lagoas e demais locais de preservação de mananciais e ainda a necessidade do gestor público no âmbito municipal realizar medidas positivas, firmadas por leis municipais para proteger o meio ambiente, em detrimento de sua ação reativa a medidas

exigidas pelos representantes do Ministério Público diante da posse irregular destas áreas por membros da comunidade.

A utilização do solo urbano decorre da necessidade de moradia dos cidadãos, inclusive para sua subsistência, porém o conflito que se tem com leis e regras para preservação do ambiente em geral decorre da falta de planejamento habitacional e escassez de moradias a disposição, bem como da crise econômica que impede pessoas de pagarem aluguel para moradia, recorrendo a invasões de áreas inabitadas e sequer preservadas pelo Poder Público.

A PROBLEMATIZAÇÃO - O CONFLITO DAS LEIS MUNICIPAIS E FEDERAIS COM A POSSE E USO DO SOLO URBANO E A ATITUDE DOS ADMINISTRADORES DOS BENS PÚBLICOS

Aos Municípios compete regular o uso adequado e planejado do território urbano, previsão constitucional emanada no artigo 30 que trata da autonomia municipal.

Decorrente disto, a Constituição Federal determina que cabe aos Municípios com 20 mil ou mais habitantes realizar o plano diretor da cidade e regulamentar a forma de utilização do solo urbano, visando a obter cidades sustentáveis, com previsão no artigo 182 da Carta Maior.

Ocorre, entretanto, que o uso e posse das áreas urbanas recebe ingerências de leis federais como o Código Florestal, o qual limita para preservação de área ainda com vegetação florestal preservada e de mananciais, áreas em que não se pode edificar moradias, mas que não raramente são apossadas por pessoas mais vulneráveis, que não tem condições de moradia adequada, decorrentes em grande parte da falta de planejamento urbano; é dever do Município preservar intactas estas áreas lindeiras a rios, lagos e demais manancias.

O problema decorrente desta situação é que o Município, muitas vezes pressionado por moradores dos locais a serem preservados e pelo Ministério Público Estadual ou Federal, reage à situação deslocando as famílias ou pessoas que se apossaram de área de APP, sem terem uma política pública adequada à preservação destas áreas, o que muitas vezes funciona apenas como medida paliativa, para evitar ações judiciais contra o Município, mas que não atacam a causa do problema.

Destaca-se que em nível federal foi editada a lei federal 12.512, de 14 de outubro de 2011, que institui o programa de apoio à conservação ambiental, a qual prevê medidas para auxiliar pessoas mais vulneráveis a obter uma renda mensal com a preservação de áreas de conservação ambiental, o que poderia ser reproduzido com especificidade local e ampliar os meios de se preservar áreas

de APP, exigidas por lei. Este artigo visa a demonstrar que a ação estatal pode mudar a situação vivenciada por muitos municípios e auxiliar na preservação do meio ambiente.

DA POSSE DA TERRA, DO DIREITO À CIDADE SUSTENTÁVEL E A PRESERVAÇÃO DO MEIO AMBIENTE

O ser humano sempre se utilizou da terra para obter sua moradia e seu sustento, seja lidando com plantações, seja extraíndo da terra bens que trouxeram desenvolvimento a ele e a comunidade onde vive, porém o uso adequado do solo urbano, a cada dia, ganha mais importância, em um mundo super populoso e com a crescente escassez dos recursos hídricos que enfrentamos atualmente.

As cidades são os locais onde o homem se assenta, constrói sua vida familiar, seus projetos, seus anseios e produz sua riqueza. As urbes brasileiras, em geral, surgem da industrialização paulatina gerada pelo período Vargas, antes e logo após a Segunda Guerra Mundial.

De 1940 a 1990, o Brasil cresceu exponencialmente sua indústria e em decorrência disto, o êxodo rural foi inevitável, fazendo com que o homem do campo migrasse para as cidades mais desenvolvidas, acarretando o crescimento populacional

desordenado, com o aumento gigantesco de cidades de médio e grande porte e o desenvolvimento desordenado destas.

Na realidade, nossos municípios, que se tornaram unidades federativas autônomas, somente pela Constituição de 1988 – pelo delinear do artigo 30 da Constituição Federal – receberam diversas incumbências destas, tais como o uso adequado e planejamento do solo urbano, legislar sobre assuntos de interesse local, realizar o transporte urbano, realizar programas de educação infantil e ensino fundamental, com cooperação técnica e financeira da União e do Estado, bem como oferecer serviços de saúde à população.

São todos serviços repassados aos Municípios brasileiros, sem a devida contrapartida de distribuição mais adequada dos recursos obtidos pela União e Estados, resultando em transferências de obrigações, sem a devida receita pública de impostos, malgrado serem determinados três espécies de impostos ao ente federativo.

É de se destacar que o adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano, previsto no inciso VIII, do artigo 30 da CF, traz como obrigação, diante do fato de se tratar de competência constitucional comum, a preservação do meio ambiente, consoante o artigo 23, inciso VI, da Constituição Federal, eis que em muitos casos o uso irregular do

solo urbano gera danos ao meio ambiente local.

Ao Município foi reservado pela Constituição o dever de planejar o uso e o parcelamento do solo urbano, em primeiro lugar realizando o plano diretor de forma a que a utilização do solo urbano fosse adequada, desta forma o artigo 182, da Lei Maior determinou a realização do plano diretor.

O Estatuto das cidades, editado pela Lei Federal 10.257, de 10 de julho de 2001, determinou uma série de medidas visando a plena participação da sociedade na organização da urbe, tanto que seus objetivos estão assim estabelecidos no artigo 2:

“Art. 2o A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais:

I – garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações;

II – gestão democrática por meio da participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano;

III – cooperação entre os governos, a iniciativa privada e os demais setores da sociedade no processo de urbanização, em atendimento ao interesse social;

IV – planejamento do desenvolvimento das cidades, da distribuição espacial da população e das atividades econômicas do Município e do território sob sua área de influência, de modo a evitar e corrigir as distorções do crescimento urbano e seus efeitos negativos sobre o meio ambiente;

V – oferta de equipamentos urbanos e comunitários, transporte e serviços públicos adequados aos interesses e necessidades da população e às características locais;

VI – ordenação e controle do uso do solo, de forma a evitar:

a) a utilização inadequada dos imóveis urbanos;

b) a proximidade de usos incompatíveis ou inconvenientes;

c) o parcelamento do solo, a edificação ou o uso excessivos ou inadequados em relação à infraestrutura urbana;

d) a instalação de empreendimentos ou atividades que possam funcionar como pólos geradores de tráfego, sem a previsão da infraestrutura correspondente;

e) a retenção especulativa de imóvel urbano, que resulte na sua subutilização ou não utilização;

f) a deterioração das áreas urbanizadas;

g) a poluição e a degradação ambiental;

h) a exposição da população a riscos de desastres.

É de se destacar que o ordenamento territorial visa a evitar poluição e degradação ambiental, sendo as áreas de APP, com a limitação à construção e edificações, importante regramento para evitar os danos às áreas de mananciais, mas também dar

dignidade à pessoa humana, propiciando serviços de transporte público adequado e construção de moradias dignas.

Compatibilizar o desenvolvimento urbano e o meio ambiente é um desafio aos administradores públicos, mas que deve ser enfrentado nos limites da lei, com a participação de todos os agentes envolvidos, seja a população, empresas, o próprio governo municipal, abrindo a gestão das cidades à democracia, que nunca prescinde da participação popular.

Seguindo a diretriz da participação popular exigida pelo Estatuto da Cidade, é mister citar o quanto mencionado por Odete Medauar no que se refere à experiência do desinteresse na elaboração dos planos urbanísticos “é a ausência de participação da coletividade no plano diretor; nos casos relatados por arquitetos de cidades da Grande São Paulo, em que a população foi envolvida na elaboração do plano diretor, tornou-se mais difícil ao Chefe do Executivo ou os vereadores ignorá-lo.”²⁰³

Denota-se que a participação popular muitas vezes não segue estimulada pelos poderes constituídos, eis que a gestão das cidades, em geral, de forma democrática impõe ao político a realização dos planos e projetos traçados e conduz a uma responsabilidade maior dos administradores

Diretrizes Gerais, In: Odete Medauar; Fernando Dias Menezes, de Almeida (Coords.) Estatuto

das Cidades: Lei 10.257, de 10.07.2001-Comentários p. 29-30

públicos, os quais ainda não se conscientizaram de que a gestão da cidade não lhes pertence pela eleição, mas é de todos os cidadãos

Nesta linha de obrigações, o Ministério Público, no exercício de sua função institucional, pressiona os Municípios a realizarem o ordenamento do solo urbano, afastando o apossamento das áreas de APP locais e, em geral, na maior das vezes, os Municípios reagem a esta situação realizando somente medidas judiciais de reintegração da posse destas áreas de preservação permanentes, que estão sob sua responsabilidade e nos limites de seu território urbano.

Esta situação geralmente redundando em movimentação do Poder Judiciário, para que este de forma coercitiva proceda a determinação da reintegração destas áreas de APP, retirando pessoas vulneráveis de moradias precárias, sem ter como meta resolver o problema, mas somente atuando de maneira pontual, pressionada pelo Ministério Público, no cumprimento de seu dever de exigir a preservação do meio ambiente.

O pior de tudo isto é que a ação é realizada, pessoas são desalojadas, mas a causa do problema sequer é tangenciada pela ação pontual, resultando muitas vezes em

nova invasão nas mesmas áreas, ou se não são invadidas sequer são devidamente preservadas após esta medida.

A PRESERVAÇÃO DO MEIO AMBIENTE COMO MEDIDA A SER BUSCADA COM POLÍTICAS PÚBLICAS ADEQUADAS

O meio ambiente, consoante Luis Paulo Sirvinkas²⁰⁴ é o conjunto de condições, leis, influências, alterações e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas” (artigo 3, da Lei 6.938/81), porém este é o conceito da lei que se esquece que o meio ambiente é também o cultural, o artificial e o do trabalho.

José Afonso da Silva²⁰⁵, o define como “a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas”. Posteriormente, o direito ao meio ambiente do trabalho adequado foi incluído como proteção ao meio ambiente.

O artigo 225 da Constituição determina que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial a sadia

²⁰⁴ Sirvinkas, Luis Paulo. Manual de Direito Ambiental, Editora Saraiva, 9 edição, 2011, p. 90/91

²⁰⁵ Silva, José Afonso. Direito Ambiental Constitucional, 2 ed. São Paulo, Malheiros, ed. 1998, p. 2

qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

O meio ambiente deve ser preservado e de forma ecologicamente sustentável, ou seja, a manutenção do meio ambiente passa por atos administrativos, políticas públicas que visem a conservação deste, com o auxílio de toda a coletividade local envolvida, eis que deve ser conscientizada de que a destruição do meio ambiente resultará em prejuízos ao presente e a futuras gerações.

É de se destacar, no tocante ao tema ora abordado, que a atitude do Município, pressionado pelo Ministério Público, no mais das vezes, de desalojar as pessoas em área de preservação permanente, nada mais é que uma atitude pontual, que não causa consciência ecológica, sequer afasta o problema do uso adequado do solo urbano e não o defende e preserva para as futuras gerações.

Quanto à área de preservação permanente, sua base e definição encontra-se na lei federal 12.651/2012, o vigente Código Florestal, no qual se determina no artigo 3, inciso II, nestes termos:

“Área de Preservação Permanente - APP: área protegida, coberta ou não por vegetação nativa, com a função

ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica e a biodiversidade, facilitar o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas;”

Esta é uma área que preserva o meio ambiente e deve ser protegida pelo Poder Público, mas o ato de desalojar pessoas sem ter uma política pública que realmente preserve o meio ambiente em nada resolve esta situação, nem traz uma cidade sustentável do ponto de vista do ordenamento, controle, uso do solo e parcelamento urbano.

A preservação do meio ambiente e a sustentabilidade ambiental das urbes não pode ser obtida sem a participação do seu povo nos instrumentos utilizados para tanto e na criação de leis que possam conservar o patrimônio natural da cidade e ainda trazer desenvolvimento social àquele local.

Há uma visão de que o meio ambiente não pode ser utilizado pelo homem, deve ser preservado em sua integralidade, mas a realidade é que nas cidades em geral, o que ainda sobrou das florestas, mananciais e lugares ecologicamente preservados é bem menor do que em áreas rurais, devendo contar com a colaboração e envolvimento da coletividade como determina a Constituição Federal.

A conservação e a preservação do meio ambiente no meio urbano devem envolver toda a coletividade, eis que o Poder Público não tem condições de sozinho realizar sua função essencial de preservar o meio ambiente para a atual e para as gerações futuras.

UMA PROPOSTA BASEADA NA LEI FEDERAL 12.512/2011 – INCENTIVO A CONSERVAÇÃO AMBIENTAL

Como já repisado acima, nota-se que os administradores municipais devem preservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem como, fiscalizar e ordenar o controle e o uso do solo urbano.

O que se nota na experiência administrativa, o cotidiano que vive as administrações das cidades é uma atitude reativa e não proativa, para evitar desmatamentos, ocupações de terras de APP e na preservação do meio ambiente, atuação pontual, instigada pela pressão do MP, no mais das vezes, que leva o administrador a acionar o Poder Judiciário e desalojar pessoas tão somente, sem qualquer atitude ou medida que conserve o meio ambiente do local.

Nota-se que o administrador público em geral, assoberbado por tantas demandas dos Municípios, opta por realizar o pedido do MP, mas somente para se desvencilhar de imediato da pressão, não se dignando a resolver a causa do problema.

Em geral, a causa do problema é a falta de condições para atender todos os moradores do Município com moradias populares, notória a fila de interessados que as cidades têm e a falta de recursos para a construção destas moradias e ainda o parcelamento inadequado do solo urbano, representado por um plano diretor que atende mais a interesses imobiliários do que a uma grande parcela da população, que necessita de moradia digna e de baixo custo

Lastreado neste diagnóstico, nota-se que ao administrador público é necessário criar incentivo à preservação ambiental, pois as pessoas mais vulneráveis, sem renda própria ou baixa renda, não tendo como pagar o aluguel, buscará áreas inabitadas e restritas legalmente para morar.

A Lei Federal 12.512, de 14 de outubro de 2011, criou em áreas rurais um programa de incentivo à conservação ambiental e, para tanto, foi destinado recursos financeiros para capacitar famílias em situação de extrema pobreza/vulnerabilidade social e disponibilizar serviços de assistência técnica, que desenvolvam atividades de conservação de recursos naturais no meio rural.

O princípio instituído pela lei federal poderia, em lei municipal e trazido à realidade urbana em Municípios com áreas extensas de APP, solucionar tanto a situação da falta de condições de moradia, quanto incentivar a conservação do meio ambiente, neste caso,

representado pelas áreas de preservação permanente.

Não é demasiado destacar o que determina a lei federal e que pode servir de baliza aos administradores para que seja incentivada a participação popular na conservação das áreas de preservação permanente nas cidades;

“Art. 1º Fica instituído o Programa de Apoio à Conservação Ambiental, com os seguintes objetivos:

I - incentivar a conservação dos ecossistemas, entendida como sua manutenção e uso sustentável;

II - promover a cidadania, a melhoria das condições de vida e a elevação da renda da população em situação de extrema pobreza que exerça atividades de conservação dos recursos naturais no meio rural nas áreas definidas no art. 3º; e

III - incentivar a participação de seus beneficiários em ações de capacitação ambiental, social, educacional, técnica e profissional.”

A medida adotada pela lei foi instituir incentivos a população em estado de extrema pobreza que se interessassem pela conservação ambiental:

“Art. 2º Para cumprir os objetivos do Programa de Apoio à

Conservação Ambiental, a União fica autorizada a transferir recursos financeiros e a disponibilizar serviços de assistência técnica a famílias em situação de extrema pobreza que desenvolvam atividades de conservação de recursos naturais no meio rural, conforme regulamento.

Parágrafo único. Fica atribuída à Caixa Econômica Federal a função de Agente Operador do Programa de Apoio à Conservação Ambiental, mediante remuneração e condições a serem pactuadas com o Governo Federal.

Art. 3º Poderão ser beneficiárias do Programa de Apoio à Conservação Ambiental as famílias em situação de extrema pobreza que desenvolvam atividades de conservação nas seguintes áreas:

I - Florestas Nacionais, Reservas Extrativistas e Reservas de Desenvolvimento Sustentável federais;

II - projetos de assentamento florestal, projetos de desenvolvimento sustentável ou projetos de assentamento agroextrativista instituídos pelo Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - Incra;

III - territórios ocupados por ribeirinhos, extrativistas, populações indígenas, quilombolas e outras comunidades tradicionais; e
IV - outras áreas rurais definidas como prioritárias por ato do Poder Executivo.”

A lei em si determina que a conservação ambiental não pode ser feita sem o auxílio às populações que vivem em locais que requerem a preservação da fauna e da flora e poderia ser utilizada pelos Municípios para atrair pessoas vulneráveis para a conservação das áreas de APP, tornando a gestão destas áreas mais efetivas, mais democrática e também com o envolvimento da população, sendo um meio efetivo, de política pública que cumpre o Estatuto das Cidades.

O ordenamento territorial e o uso do solo urbano, em áreas de preservação do meio ambiente, já regrado por leis federais, em geral, é obrigação dos administradores municipais, os quais não podem somente reagir às pressões exercidas pelo Ministério Público Federal ou Estadual no cumprimento do dever funcional destes, mas partir de uma ação clara e efetiva do administrador público visando à preservação do meio ambiente, bem comum de todos e direito de toda a coletividade.

O Poder Público tem o dever de agir para que o meio ambiente ecologicamente preservado possa ser efetivamente conquistado pelos cidadãos e com o envolvimento destes, mas sabemos que a realidade, que inclui a falta de planejamento urbano, vivenciado em todo o país, bem como a falta de renda da população, aliada à escassez de moradia digna, nos tem relegado a uma situação efetiva de moradias urbanas precárias em áreas de preservação permanente, o que resulta em geral na degradação do meio ambiente.

A adaptação da lei federal às realidades dos entes federativos, visando a proteção do meio ambiente, se faz necessária a consecução de uma política efetiva de proteção ao meio ambiente, de forma proativa do gestor municipal, evitando a judicialização de questões que dizem respeito à falta de ação administrativa, bem como da gestão democrática e efetiva da urbe.

Não se pode esquecer que os Municípios brasileiros são premidos por muitas obrigações de fazer derivadas de leis federais e que a preservação do meio ambiente é competência comum de todos os entes federais, assim, entendo que poderia ser inclusive subsidiado o programa a ser realizado pelos entes federados, locais por transferências de recursos federais e estaduais, numa conjugação de esforços federativos, para a devida proteção do meio ambiente.

O pagamento de valores à população de extrema pobreza, aqueles que acabam se apossando ilegalmente de áreas de APP, ficaria subordinado a uma prática efetiva de preservação do meio ambiente.

Neste ponto, quero destacar uma experiência que tive como procurador do Município de Americana, ao qual ainda me encontro vinculado, quando fui convidado por outra colega a participar com ela de uma reintegração de posse de área de APP e no local havia uma construção de casa modesta de um trabalhador, que não conseguia provavelmente pagar o seu aluguel.

No dia marcado chegamos ao local e nos deparamos com uma área ocupada por uma família (pai, mãe e duas crianças) que tinha erguido uma casa e estava cuidando do local, tinha feito até um lago pequeno, ou seja, estava realmente cuidando do local.

Naquele dia eu percebi que algo estava errado na forma como se procede a reintegração de posse em áreas de APP, eis que houve o desalojamento da família, que teve que ser acolhida por uma instituição religiosa do bairro próximo, teve todos os seus pertences retirados para que o local fosse liberado, pois era área próxima a um córrego.

A preservação ambiental não pode ser realizada pelo Poder Público tão somente para evitar ações contra o Município e satisfazer solicitação do Ministério Público, pois haverá um simulacro de ação supostamente visando o bem comum.

Há a necessidade de ação estatal em uma política pública coordenada entre as áreas de habitação, meio ambiente e assistência social, visando à sustentabilidade das cidades, respeitando a dignidade da pessoa humana e ao meio ambiente ecologicamente preservado.

A proposta é para que os administradores municipais possam ter instrumento normativo necessário ao aprimoramento da conservação do meio ambiente, podendo ativamente participar com política pública da proteção ao meio ambiente.

A Constituição Federal instituiu um Estado Democrático e Social de Direito, tendo previsto direitos individuais e coletivos e o direito a cidades sustentáveis, visando ao pleno desenvolvimento humano e social no ente federado, onde realmente habitam os cidadãos e cidadãs deste imenso país, mas isto nunca será realizado se o ser humano não tiver sua dignidade humana respeitada.

O que temos visto é que as instituições, seja o Poder Público, neste ponto, o Poder Executivo, que em muitos casos, não cumpre seu dever de dar uma moradia digna a seus cidadãos, nem mesmo regular o uso e parcelamento do solo urbano de forma adequada, para que todos tenham acesso ao uso da terra urbana; seja o Ministério Público, em que pese exigir o respeito às áreas de APP, mediante requisições e recomendações ao poder

executivo, não trata o problema, considerando também a questão social envolvida, somente exigindo a reintegração de posse, que no mais das vezes, “joga para debaixo do tapete” a causa do problema, retirando a possibilidade de se viabilizar uma atitude de maior compromisso do administrador público com uma cidade sustentável.

CONCLUSÃO

As cidades brasileiras, em geral, não cresceram de forma planejada e pensada, ao revés, o adensamento das cidades, ocorrido a partir da década de 30 do século XX, resultou em um crescimento populacional das cidades do Sul e Sudeste do país e das capitais de outras regiões, resultando no problema habitacional vivenciado por cidades de grande e médio porte, o que determinou a criação de comunidades em locais reservados às áreas de preservação permanente.

Esta situação de ilegalidade, a qual foi relegada parcela significativa da população de mais baixa renda, cria uma situação conflituosa entre as exigências da Constituição Federal e das leis federais, que exigem que os Municípios ordenem e controlem o uso e parcelamento do solo urbano, bem como impõe ao Ministério Público, ante seu objetivo constitucional, que exija dos administradores públicos municipais a retirada de famílias destas áreas de preservação permanente.

A preservação do meio ambiente e o desenvolvimento urbano são questões que devem ser compatibilizadas, consoante impõe a Constituição Federal, o Estatuto das Cidades e são assim exigidas pelo Ministério Público aos prefeitos, algumas vezes, por recomendações em procedimentos prévios a instauração de ações civis públicas e que acabam por induzir a resposta mais fácil e pontual dos administradores municipais, que é a propositura de ações de reintegração de posse das áreas de APP em que esteja precariamente habitando pessoas de baixa renda.

A resposta pontual, em geral, afasta a propositura da ação civil pública, retira o foco do Ministério Público sobre a conduta do administrador municipal, mas não ataca o cerne da questão do uso da terra urbana.

Esta situação acaba, em certos casos, a retornar ao administrador público, porquanto a reintegração da posse destas áreas se revela uma atitude sem respaldo em uma política pública adequada ao enfrentamento da questão ambiental, da moradia popular, levando à nova ocupação irregular da mesma área que a reintegração da posse visava a proteger.

As áreas de preservação permanente são espaços para preservação da fauna, da flora e dos mananciais de água, que servem a população e realmente devem ser preservadas, mas a simplória atitude de retirar pessoas sem uma política municipal de

preservação do meio ambiente e do uso adequado do solo urbano torna-se inócua.

A proposta de se adequar a lei federal 12.152/2011 aos objetivos da política municipal de preservação e conservação ao meio ambiente, redonda em uma ação estatal para incentivar a colaboração dos munícipes de baixíssima renda para a preservação do meio ambiente, a conservação do bioma existente no local e o respeito às áreas de APP.

É evidente que tão somente a existência da lei municipal incentivando a preservação não pode ser a única ação estatal, mas o planejamento adequado do controle e do uso do solo urbano deve vir em conjunto com uma política habitacional que consiga impedir a ocupação de áreas do entorno dos mananciais das cidades.

O estudo que ora se pretendeu desenvolver sobre uma situação complexa vivida por muitos administradores municipais, visa a debater qual a melhor forma de se trazer o cidadão à conscientização e cuidados com as áreas de preservação ao meio ambiente, que podem garantir o futuro das próximas gerações, possibilitar cidades sustentáveis e que tenham atitudes proativas na conservação do meio ambiente ecologicamente sustentável.

A cidadania e a participação da população na busca da conservação e preservação do meio ambiente é uma obrigação de todos os entes federados, que

devem preservar o meio ambiente, pois sem a adesão e entendimento da população sequer haverá o cumprimento da ordem constitucional do respeito ao meio ambiente.

Como dito acima, os princípios constitucionais devem ser harmonizados na busca de cidades sustentáveis, em que a posse da terra urbana se dê de forma a compatibilizar a moradia de seus cidadãos e o respeito ao meio ambiente, mas isto não sairá da letra da Constituição e das leis federais sem uma efetiva política pública de respeito às áreas de preservação ambiental e isto passa por ação estatal e em conjunto entre o Ministério Público e o Poder Executivo no âmbito municipal.

A determinação constitucional do exercício da competência comum dos entes federados também não poderá resultar na imposição de obrigação e comprometimento da receita somente dos Municípios, eis que este ente federado geralmente acaba arcando com gastos somente de seu orçamento, sem que os demais entes contribuam na preservação do meio ambiente, restando em um pacto federativo manco, em que somente este resta cobrado e somente este ente municipal disporá de receitas para cumprimento da competência comum de todos os entes.

É mister que se proceda a repasses específicos de receitas da União e do Estado aos Municípios, visando a efetiva preservação do meio ambiente, seja com a

constituição do programa de incentivo a cuidadores das áreas de APP, seja por meio de auxílio técnico dos demais entes federados aos municípios, para efetivar políticas preservacionistas.

Assim, a ordem constitucional demonstra que aos Municípios cabe o controle e o uso do parcelamento do solo urbano, bem como o desenvolvimento urbano planejado e que atenda a preservação do meio ambiente, e sendo a conservação das áreas de preservação permanente parte do objetivo comum de todos os entes federados, mister se faz ações estatais desenvolvidas por meio de políticas públicas que atraiam a participação popular na conservação do meio ambiente.

As leis existem e são necessárias para impor o respeito do administrador à conservação ambiental, eis que sem isto, o futuro desta e das próximas gerações restarão comprometidos, bem como o uso da água potável, bem não renovável e tão necessário à vida na terra, mas a efetivação das leis nunca prescindiu e não prescinde da adesão dos cidadãos à sua fiscalização e como visto acima, a questão da moradia popular, do incentivo a colaboradores na população, mediante auxílio financeiro e técnico, para preservação das APP's é o melhor caminho a ser desenvolvido, gerando a conscientização ambiental e envolvendo a população, com a finalidade de se obter uma cidade sustentável do ponto de vista ecológico.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BRASIL. *Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Centro Gráfico, 1988
- BUONAMICI, Sérgio Claro. *Cidadania e Participação no Direito a Cidades Sustentáveis: Diretrizes gerais e instrumentos de política urbana* na Lei n. 10.257, de 10-7-2021. JHMizuno Editora. 2015
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, volume 1: teoria geral do direito civil. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, v. 1: parte geral. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.
- NARDELLA-DELLOVA, Pietro (direção e organização) et al. *Antropologia Jurídica: uma contribuição sob múltiplos olhares*. 2ª edição. São Paulo: Scortecci, 2018.
- NARDELLA-DELLOVA, Pietro (org) et al.. *Direito, Mito e Sociedade*. São Paulo: Scortecci Editora, 2021.
- NARDELLA-DELLOVA, Pietro. “A Eficácia Imediata e Direta das Normas de Direitos Fundamentais em face do Estado e das Relações Privadas”, in Rev. Jurídica Logos, 2016, p. 41.
- NARDELLA-DELLOVA, Pietro. “Acerca do Movimento Crítico do Direito e os Núcleos Familiares”, in CARVALHO, Salo (org.) et al. Para Além do Direito Alternativo e do Garantismo Jurídico. RJ: Lumen Juris, 2016.
- NARDELLA-DELLOVA, Pietro. “*Racismo e Exclusão na Distribuição de Água: Uma Reflexão a partir da Gestão do*

Governo do Estado de São Paulo, in Revista de Direito Padre Anchieta, Ano 15, n. 23, 2015, p. 68.

NARDELLA-DELLOVA, Pietro. “**Reflexão Jurídica sobre Direito e Sociedade**”, in GUERRA, Willis S. (org) ALTERNATIVAS POLÍTICAS AO DIREITO. RJ: Lumen Juris, 2014.

NARDELLA-DELLOVA, Pietro. “**Terra: Uso e Abuso no Contexto Social Brasileiro**”, in Revista Jurídica Logos n. 8., 2015, p. 379.

NARDELLA-DELLOVA, Pietro. **Pierre Proudhon e sua Teoria Crítica do Direito Civil: Anarquismo, Teorias da Posse e Propriedade e Kibutzim**. São Paulo: Scortecci, 2020.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Atual. MORAES, Maria Celina Bodin de. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

REVISTA DE DIREITO CIVIL – RDC FADIPA, disponível em <https://revistas.anchieta.br/index.php/RevistaDirCivil/issue/archive>

SILVA, José Afonso da Silva. **Direito Ambiental Constitucional**, Editora Malheiros, 2ª edição, 1998

SIRVINKAS, Luis Paulo, **Manual de Direito Ambiental**, Editora Saraiva, 9ª edição.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil: lei de introdução e parte geral**, v. 1. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

VADE MECUM, Jus Podium. 2017.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: parte geral**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

**DIRITTO DELLA PERSONALITÀ,
L'IDEOLOGIA LOMBROSIANA ED
IL FEMMINISMO ETNICO IN
ITALIA**

*Dott. Massimiliano Verde*²⁰⁶

SUNTO

L'ideologia lombrosiana in Italia e la donna del Mezzogiorno, un caso di femminismo etnico in Europa. La caratterizzazione politica del femminismo italiano come espressione della pseudoscienza lombrosiana tuttora in essere in Italia. Il fenomeno del "femminismo radical chic" come fenomeno *indigenista* e di razzializzazione della donna "meridionale". La gestione del political-correct in Italia da parte dei mass-media e la costruzione dell'inferiorità e dell'atavismo patriarcale in Italia, vittimizzazione della donna del Mezzogiorno: il patriarcato femminista. La violazione della Convenzione internazionale sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale e la Convenzione sull'eliminazione di tutte le forme di Discriminazione nei confronti delle Donne. L'Accademia Napoletana nella difesa dei diritti umani.

Parole-chiave: *Meridionale, Donne, Lombroso, Violenza, Feminismo, Diritto della personalità*

ABSTRACT

²⁰⁶ *Massimiliano Verde*. Dottore Magistrale in Scienze Politiche, formatore esperto del patrimonio linguistico storico-culturale della Campania; Presidente del gruppo scientifico internazionale "Accademia Napoletana" per la tutela e promozione della cultura e lingua napoletana. Interlocutore UNESCO per l'IYIL 2019 (International Year of Indigenous Language) e l'International Mother Language Day 2018, 2019 e 2020 per la lingua Napoletana; Membro ed amministratore del gruppo "Language Rights, Derechos Lingüísticos,

Lombrosian ideology and southern woman in Italy, a case of ethnic feminism in Europe. The Italian feminism as an expression of the Lombrosian pseudoscience in Italy. The so called "radical chic feminism" as an indigenist phenomenon: the racialization of the "southern" woman. Mass media, southern Italian women and patriarchal atavism in Italy. The victimization of the southern Italian woman, the "Feminist patriarchy". Violation of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination and the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women. The Neapolitan Academy, international independent and scientific group in the defense of cultural rights as human rights, to promote the dignity of the southern woman in Italy and more against any discriminations against women.

Keywords: *southern Italy, Women, Lombroso, Gender violence, Feminism, personality rights*

INTRODUZIONE

In questo lavoro esaminiamo la situazione e rappresentazione socio-culturale della donna del Sud Italia dal punto di vista dell'establishment culturale e mediatico italiano, didattico compreso e la sorta d'indigenismo che le concerne per quanto

Lenguas y Comunidades de Hablantes en riesgo"; autore del primo corso di lingua e cultura napoletana realizzato secondo il QCER (CEFR) riconosciuto dal Comune di Napoli; collabora con l'AIAE (Association of Italian American Educators), l'Italian Community of Westbury (NY), la Real Academia de Cultura Valenciana, l'Institut d'Estudis Valencians, l'Università Capodistriana di Atene, la Universidad URCA do Cariri. Membro e Periodista di "Lenguas Radicales" (Chile)

riguarda il fenomeno del Femminismo italiano, inteso nella sua caratterizzazione ideologica ed etnica, ovvero anti-meridionale a causa della razzializzazione della stessa nascita dello Stato Italiano.

L'identificazione di ciò che possiamo analizzare come una sorta di "patriarcato femminista" nella costruzione ideologica e socio-culturale di questa donna, fenomeno molto affine al cosiddetto femminismo bianco nei paesi extra-europei, considerandosi infatti il caso della donna napoletana come paradigmatico di una caratterizzazione indigenista in un paese europeo, qual è l'Italia. Dagli albori della pseudo-scienza lombrosiana ad oggi si presentano una serie di esempi atti a mostrare la carenza del dibattito femminista italiano o per meglio dire la completa assenza, di questa problematica, che al contrario, maneggiato in certe forme va ad incrementare una ulteriore razzializzazione della donna meridionale, in Italia. Si presenta inoltre la battaglia del gruppo scientifico internazionale "Accademia Napoletana" onde sensibilizzare le associazioni ed il mondo anti-violenza di genere in Italia, scuole e giovani innanzitutto.

Problematica

La razzializzazione dello Stato Italiano (e la piattaforma ideologica e colonialista che sottende alla sua nascita e formazione) nella costruzione dell'Italiano

quale "Uomo Nuovo" non poteva che indirizzarsi alla minorizzazione ideologica e politica dei resistenti all'annessione (conquista) del Regno delle Due Sicilie, in particolar modo, secondo una visione eugenetica e calvinista, della donna meridionale, in ispecie delle guerriere infamate dall'esercito sabauda e dai cosiddetti "storici salariati", col nome di "brigantesse". In questo quadro è interessante menzionare la parabola pseudo-scientifica, prodromica alla diffusione dell'eugenetica e del darwinismo sociale, in Italia, di Marco Ezechia Lombroso (Verona, 6 nov.1835- Torino, 19 ott. 1909) considerato il padre dell'antropologia criminale e della "Scuola positiva del diritto penale" del XIX secolo. Il nome di Lombroso resta legato indissolubilmente alla teoria dell'uomo delinquente nato o atavico e agli studi di fisiognomica e di frenologia forense che per decenni hanno influenzato pesantemente un numero imprecisato di processi penali, durante i quali i magistrati "deducevano i tratti antisociali" e i caratteri psicologici e morali delle persone dai lineamenti del volto.

In una sorta di delirio di determinismo fisiologico, i delinquenti e i pervertiti (cinedi e tribadi) potevano essere individuati dal loro aspetto fisico, dal momento che, secondo queste *ideologie* è la natura che genera il criminale e questi porta impressi i segni fisici distintivi, atavici, ereditari del suo male. Gli studi di Lombroso

finirono per geminare tesi razziste, come quelle di Alfredo Niceforo, accademico dei Lincei fino al 1956, autore nel 1901 di “Italiani del Nord e Italiani del Sud”, dove s’ipotizzava l’inferiorità della razza meridionale, detta “razza maledetta” (paradossalmente Niceforo, era siciliano).

L’ideologia lombrosiana intrisa di eugenetica e spiritismo fu convogliata anche verso la donna. “La donna delinquente, la prostituta e la donna normale” fu scritto nel 1893 da Lombroso e dal suo futuro genero Guglielmo Ferrero. Il libro ebbe un importante eco internazionale, e si poneva nella generale teoria della devianza criminale, dopo le pubblicazioni di “L’uomo bianco e l’uomo di colore” (1871) e “L’uomo delinquente” (1876).

La prostituzione rappresentava un’anomalia comportamentale e nello specifico era una perversione dell’istinto sessuale, per questo motivo, in un contesto sociale e morale come quello di fine Ottocento, la regolarità del comportamento femminile era rappresentato dal matrimonio e dalla maternità, situazioni che costituivano “il più corretto e legittimo appagamento”.

Un dato fondamentale, che spesso era scarsamente considerato dagli studiosi della scuola positiva, riguardava l’ambiente in cui erano inserite le prostitute: questo incideva nella definizione della prostituta occasionale, soggetto che, mantenendo i tratti distintivi della femminilità, non rientrava

nella catalogazione propria della prostituta nata ed era portata a esercitare la professione a causa di un contesto sfavorevole.

Tra le tesi offerte vi era la fondatezza scientifica di poter distinguere una donna “normale” da una potenziale criminale grazie a determinate anomalie fisiche o degenerazioni morali. Lombroso fu medico di campo dell’esercito del Regno di Sardegna, poi neo-italiano, nella guerra al Mezzogiorno, analizzando e sezionando i resti mortali delle resistenti del Regno delle Due Sicilie all’invasione da parte di quello che fu subito dopo il neo esercito del Regno d’Italia, resti che si conservano tra l’altro nel cosiddetto Museo Lombroso di Torino senza possibilità di esumazione, per opposizione dello Stato Italiano.

Or dunque per comprendere come tutto ciò abbia influenzato lo stesso movimento femminista italiano dobbiamo proprio partire dagli albori della “Questione Meridionale”, questione e/o problematica sorta per volontà delle neo-classi dirigenti italiane espressive di una rapina feroce ai danni del sistema economico dell’ex Regno delle Due Sicilie e con la contemporanea “costruzione” della minorità dell’uomo e, per quanto ci riguarda qui, della donna meridionale.

Non è un caso che simili ideologie siano state poi esportate nel continente latino-americano dalla figlia e dal genero di Lombroso per porre le basi della

legittimazione del genocidio guatemalteco, ad esempio, o della sterilizzazione e segregazione delle donne afro-americane (e non solo) negli Stati Uniti, del secolo XIX, secondo un'etica profondamente calvinista, tra l'altro, posta alla base della cosiddetta Legge Pica che condannava al domicilio coatto (deportazione) vagabondi, oziosi e sospettati di brigantaggio, incluse donne e bambini.

Ma la questione ci porterebbe anche al di là, al nucleo fondante del razzismo moderno, o alla disumanizzazione già messa in piedi contro la ribellione legittimista in Vandea, ad opera dei giacobini capeggiati da Robespierre...

Volgendo più da vicino al tema che ci riguarda possiamo senz'altro affermare che non può intendersi il femminismo italiano come ideologia etnica se non si analizza il fondamento razzializzante di queste ideologie. Lo stesso movimento socialista italiano cui lo stesso Lombroso aderì, ad esempio fu uno degli elementi propulsivi della costruzione minorizzante delle popolazioni dell'ex Regno duosiciliano. Infatti, come aveva scritto Ferri nel suo celebre saggio su "Socialismo e scienza positiva", una vera rivoluzione, capace di sancire un effettivo progresso, sarebbe stata possibile non solo dopo la conquista di una nuova coscienza da parte delle classi lavoratrici e dopo la loro organizzazione in partito, ma, soprattutto, dopo la conquista di

una nuova disciplina: una disciplina che implicava principalmente un *mutamento* concreto e radicale nell'organizzazione *caratteriale* delle *classi inferiori*.

E proprio questa era una delle ragioni principali per cui, a differenza dei popoli latini, quelli «settecentrionali» risultavano «più disposti alla disciplina tranquilla ma inesorata della vera rivoluzione, come una fase critica di precedente evoluzione organica e graduale, che è solo processo efficace per una trasformazione veramente sociale» (Ferri, 1894, 149).

In questo quadro, ove il femminismo italiano si presenta etnico perché nulla dice ad esempio rispetto alle resistenti legittimiste infamate con il nome di "drude" o "brigantesse" (criminalizzazione della donna meridionale atavicamente selvaggia e subordinata allo stesso capo brigante) e, a prescindere che sia liberale o radicale, possiamo rivolgere il nostro sguardo a quanto i corrispondenti dello stesso Lombroso scrivevano al riguardo delle donne siciliane:

«Le donne del volgo, specie nei paesi ove predomina il reato di sangue, sfogano il loro affetto sui loro marmocchi, baciandoli e succhiandoli nel collo e nelle braccia nude, fino a farli piangere convulsivamente, e intanto van dicendo: Chi ssi dduci, ti mangiu, ti rusicu tuttu. (Come sei dolce, ti mangio, ti rosicchio tutto) [sic] e mostrano ciò facendo di sentire una gran voluttà.»

La breve corrispondenza che il funzionario di polizia Giuseppe Alongi, collaboratore occasionale dell'Archivio di psichiatria, scienze penali ed antropologia criminale, inviava nel 1885 alla rivista diretta da Cesare Lombroso, non proveniva da una regione africana da poco sottoposta a dominio coloniale, e non si riferiva neppure a quella giungla misteriosa e «nera».

Le «vestigia di cannibalismo» giungevano invece dalla cittadina siciliana di Bagheria, dove il locale cultore della scuola antropologica criminale aveva avuto modo di rinvenire tracce inequivocabili di riviviscenze selvagge.

Quelle «vestigia», secondo Alongi, non si trovavano celate soltanto nelle manifestazioni di affetto e rimprovero di cui le madri siciliane davano mostra nei confronti dei loro figli, ma si rivelavano persino in alcune delle pratiche quotidiane più diffuse tra la popolazione siciliana.

Il fondo di quella descrizione di atavica ferinità e status selvaggio della donna meridionale, in quel caso siciliana, così descritta da Alongi non è molto diverso da quanto oggi giorno, nel silenzio ripetiamo di certe femministe radical-chic (e di certi «attivisti» per i c.d. diritti di genere, di sesso maschile) dal sostrato sub-culturale disseminato dai mass-media e da certo sistema formativo, circa la donna, nel cosiddetto «Bel Paese». Racconto oggi giorno avallato dal femminismo italiano nella

rappresentazione o presunta condanna di ataviche minorità, arretratezze che condannerebbero questa donna «meridionale» ad un univoco e sempiterno «patriarcato» di stampo lombrosiano. Racconto che si evidenzia in opere didattiche, teatrali, cinematografiche, «artistiche» e pubblicitarie come di seguito vedremo.

Topos

In Italia si assiste ad un racconto grossolano connesso a stereotipi del peggiore lombrosismo, quanto alla rappresentazione della donna meridionale dipinta anche da certo femminismo come perennemente arretrata, schiava di una condizione atavica di arretratezza e costretta a subire un patriarcato (etnico, in quanto territorialmente circostanziato) senza soluzione di continuità.

Una discriminazione ed un pregiudizio sempre latente nella rappresentazione di questa donna e nello stesso tempo un uguale pregiudizio di tipo lombrosiano verso l'uomo meridionale (verrebbe da dire delinquente) quale soggetto parimenti selvaggio/selvatico, arretrato e violento, appunto atavicamente patriarcale.

Ovviamente qui non si nega e si combatte apertamente ogni tipo, appunto di discriminazione e d'incitamento alla violenza, non solo fisica ma anche morale e culturale che colpisce molte donne in Italia, anzi si evidenzia proprio un paradosso,

nell'assenza come tema di discussione del pregiudizio razziale verso la donna meridionale e, anzi, al contrario (con colpevole miopia o spregiudicato interesse) un alimentare tale pregiudizio, nell'affermazione di volerlo combattere, in costanza di una lotta (presunta) ad un artificioso, generico, unilaterale, atavico status patriarcale che affliggerebbe questa donna e di converso, colpirebbe come responsabile l'uomo meridionale. Un disastro come si vede in quello che paradossalmente (appunto) potremmo chiamare il patriarcato "femminista".

La rappresentazione attraverso i mass-media (fictions, spettacoli televisivi, racconti giornalistici, ecc.) di questa donna dipinta come latentemente o esplicitamente ridicola, ignorante, sciatta, volgare, colpita da violenza di sangue: situazioni e dis-qualità associate ad un chiaro od allusivo accento napoletano in ispecie, meridionale in generale, contribuisce alla decostruzione della stessa, secondo, ancora una volta, modelli lombrosiani. E sempre nell'assenza e nel silenzio assoluto delle esponenti del c.d. Femminismo italiano.

Il tema della discriminazione e della violenza culturale che vittimizza la donna meridionale va esaminato in primis alla luce della *Convenzione internazionale sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale* ratificata dallo Stato

Italiano il 5 gennaio 1976 ed in vigore dal 4 febbraio 1976.

La Carta impone agli Stati Parte d'impegnarsi a vietare ed eliminare la discriminazione razziale in tutte le sue forme garantendo il diritto di tutti, senza distinzioni di origine etnica all'uguaglianza davanti alla legge, in particolare nel godimento dei diritti sociali e culturali; ad adottare misure immediate ed efficaci, in particolare nei settori dell'insegnamento, dell'istruzione, della cultura e dell'informazione, al fine di combattere i pregiudizi che portano alla discriminazione razziale e promuovere la comprensione, la tolleranza e l'amicizia tra i gruppi etnici.

L'espressione "discriminazione razziale" della Carta in questione sta ad indicare ogni distinzione, restrizione o preferenza che sia anche basata sull'origine etnica, che abbia lo scopo o l'effetto di distruggere o di compromettere il riconoscimento, il godimento o l'esercizio, in condizioni di parità, dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali in campo sociale e culturale o in ogni altro settore della vita pubblica.

Viene meno così quella partecipazione all'elaborazione e all'attuazione di politiche e alla definizione di linee guida e di norme di autoregolazione atte a *prevenire* la violenza contro le donne e rafforzare il rispetto della loro *dignità* che lo

Stato Italiano dovrebbe incoraggiare nei confronti del settore privato, il settore delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione e i mass media, secondo quanto disposto dalla *Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica*.

In secondo luogo e, nello specifico, la *Convenzione sull'eliminazione di tutte le forme di Discriminazione nei confronti delle Donne*, impegna gli Stati parte a tutelare la funzione sociale della maternità, ovvero di progresso sociale per una comunità, che in Italia viene compressa e violata da un'azione educativa materna alla disistima della dignità sociale e culturale dei figli, quale è quella che le madri napoletane o meridionali, nel caso, sono indotte dal sistema culturale italiano a trasmettere a quelli.

Queste donne pertanto sono colpite in quanto soggetti di diritti e nel loro ruolo sociale di madri, o gli viene lasciato in eredità un abbruttimento, una degradazione linguistico-culturale, socialmente trasversale che a loro trasmetteranno ai loro figli. È la loro lingua che è ontologicamente e lombrosianamente “minore” e “arretrata” ed è questa che deve essere perduta, edulcorata, svuotata di senso per acquistarne, eventualmente un altro, completamente dissociato dalla propria identità culturale (come avviene in certe fictions).

Osserviamo quindi una limitazione all'esercizio da parte di queste donne, di quei diritti umani e libertà fondamentali in campo sociale, culturale e civile, solennemente tutelati dalla Convenzione di cui sopra. Senza ch'esse ne abbiano coscienza, addirittura come agenti di tale (auto)limitazione.

Una disgregazione in nuce della comunità sociale, culturale e linguistica meridionale in genere, napoletana se guardiamo al più diffuso e percosso ideologicamente, idioma in Italia, dopo l'Italiano, cioè il Napoletano.

Si assiste così ad una duplice violenza subita dalla donna in quanto individualità e come madre e la sua prole, un attacco disintegrante portato avanti da un potere culturale “centrale” che secondo la classica scuola positivista e prettamente lombrosiana scaturisce in una violenza subita dalle madri di questi fanciulli che si fanno attrici di un compito profondamente auto-alienante, verso loro stesse e la loro prole, il futuro della comunità con azioni ed effetti spaventosamente anti-democratici. In conclusione, il loro patrimonio linguistico, svilito, ostacolato nella corretta e dignitosa trasmissione si dissolve, degradandosi e si porta dietro uno svilimento sociale e personale della donna “meridionale” per ritornare in un circolo vizioso ad una conferma della sua atavica, questa volta linguistica, condizione (lombrosiana) di inferiorità o minorità.

Quanto sopra, si configura pertanto come un ambito di riflessione circa il concetto di bullismo e di violenza contro le donne che crediamo molto indicativo, costituendo il caso in esame come esemplare e purtroppo paradigmatico almeno in Occidente, relativamente ad un'intera comunità socio-culturale, quale quella napoletana in specie, in generale meridionale, in quanto cittadini della nazione italiana, anche rispetto ai principi costituzionali che tutelano la sovranità, la dignità umana, l'eguaglianza, la libertà d'espressione ed il progresso democratico della nazione. Il femminismo italiano è etnico in sostanza perché risente fortemente dell'etnicizzazione lombrosiana che è caratteristica ideologica della struttura e della sovra-struttura (per usare termini marxisti) italiana: nel dibattito culturale italiano non è presente alcuna critica a questa impostazione, semplicemente perché non riconosciuta come tematica da analizzare. Dal 1860 infatti le classi egemoni borghesi e "aristocratiche" proletarie seguendo lo svolgimento "progressista" di Lombroso e dei suoi discepoli da un lato (depurazione degli elementi culturali e identitari considerati propri del sotto-proletariato meridionale) o quello reazionario o conservatore dall'altro (il Fascismo come compimento biologico del Risorgimento, per citare Gini) non contemplano la tematica in sé per sé.

L'etnocentrismo razzializzante del movimento femminista italiano, che sia

dentro al movimento socialista-conservatore al di fuori di questi, si pone, infatti sia dal punto di vista "liberale" che dal punto di vista "radicale" su queste basi: trattasi di un caso paradigmatico di *femminismo blanco* ma ancor di più ed oltre perché all'interno di quella stessa categoria dell'intersezionalità che si opporrebbe a questo fenomeno colonialista non è contemplato, ciò che chi scrive definisce come "patriarcato femminista", ovvero la stereotipizzazione lombrosiana della donna meridionale, della sua identità, (concetto molto poco presente e diluito anche nel femminismo per così dire radicale).

Gli esempi sono innumerevoli: si pensi alle campagne pubblicitarie dove la donna "meridionale" costitutivamente e negativamente intesa nella sua fisicità corpulenta, rinchiusa in una sua atavica sottomissione psicologica al maschio, anche nelle forme che appaiono opprimenti verso il figlio, viene contrapposta ad una figura femminile quasi disincarnata, con ottima proprietà di linguaggio (senza inflessioni dialettali o mistificando le medesime), nord-centrica, oppure ancora alle rappresentazioni lombrosiane di una vittimizzazione sempre latente che vanno superate da un progresso sociale che comporta la "deportazione" psicologica e geografica (allontanamento dal posto natio quasi verso una tappa evolutiva superiore che consisterebbe nella localizzazione a nord del paese Italia), od

ancora a allusioni animalesche e spiritiste o connesse alla prostituzione o alla criminalità che sarebbero proprie della donna meridionale, appunto, che vanno a mistificare (ancora una volta) identità, culture, intimità proprie di una comunità, quale quella meridionale e, nello specifico, napoletana.

La mediaticizzazione della donna meridionale in quanto druda, prostituta e camorrista è un altro topos della subcultura cinematografica italiana, la univoca-unilaterale pubblicizzazione, divulgazione, ossessiva diffusione e mitizzazione di una donna criminale, legata ad una lingua criminale che agisce per il crimine che sarebbe proprio, lombrosianamente di questa comunità e donna, ancora una volta nel silenzio assoluto di “attivisti” per così dire dei diritti civili, di genere qualsiasi, dentro e fuori il movimento femminista.

La sovrastruttura ideologica e culturale del mainstreaming italiano in questo senso potentissima non viene attenzionata da alcuna figura specie di rilievo connessa al movimento femminista italiano, ma invece, per quanto concerne il lavoro che come Accademia Napoletana, portiamo avanti da donne ed uomini di ogni parte del mondo, ma impossibilitati a farlo, che si occupano di violenza di genere e questo crediamo sia un punto dimostrante la problematicità e drammaticità del topos che stiamo analizzando. Il silenzio assordante delle femministe e delle associazioni anti-violenza

italiane è davvero paradigmatico ed esaustivo per comprendere quella sovrastruttura sia inscindibilmente connessa ad un patriarcato appunto “femminista”, in Italia, ovvio.

Tutto ciò avviene nella completa eliminazione di percorsi storici che sono potentemente legati alla cultura del sud geografico italiano al matriarcato (altro che patriarcato!) della società, appunto, meridionale, quali simboli profondi sono immediatamente ritrovabili ad esempio nella devozione alla c.d. Mater Matuta ovvero antica divinità italica dell'aurora e della nascita cui una formidabile testimonianza è data dalle “madri” cioè le statue che rappresentavano "ex' voto" del Museo Campano di Capua, quali offerte propiziatricie ed espressione di un ringraziamento per la concessione del sommo bene della fecondità.

Esse infatti, sono la testimonianza più eloquente del culto con il quale gli antichi campani onoravano il mistero della vita considerando la maternità come un dono divino e avvolgendo di poetica spiritualità l'evento della nascita ritenendolo cosa sacra, come tutto ciò che di vitale esce dal seno della natura. Come dimenticato e mistificato è la simbologia magno-greca della Sirena Partenope (potentissimo idioma neapolitano) della Mamma Schiavona (Madonna Nera, rimandante alla Dea Nera) protettrice dei non eterosessuali (cui i movimenti per i diritti civili dei non etero-sessuali dovrebbero

guardare, ma se ne guardano bene) o al miracolo sanguigno di Santa Patrizia che pure rimanda alla Sirena Parthenope: tutti simboli poderosi dell'identità partenopea che vengono artatamente e volutamente tenuti fuori e cancellati da ogni discorso o battaglia “femminista” in Italia.

O peggio come detto mistificati in termini satanisti, spiritisti e metapsichici di stampo sempre lombrosiano. Proprio perché non possono non sfuggire al quella razzializzazione e classismo che sono propri ed inscindibili della struttura sociale ed economica italiana, dagli albori e su questi elementi fondati.

Non è un caso inoltre che storiche esperienze di emancipazione della donna del “Sud” nel periodo pre-unificazione sono volutamente ignorati dallo stesso movimento femminista, come quelle previste dallo Statuto di San Leucio, forme talmente avanzate da anticipare di secoli la stessa riforma del diritto di famiglia e la Costituzione della Repubblica Italiana (per non parlare dell'inferiorità della donna rispetto l'uomo quale era ancora sancita dal Codice Pisanelli del 1865 che nel Regno d'Italia negava l'uguaglianza davanti alla legge e sottometteva la moglie al marito).

Esempi di quanto scriviamo sono tra l'altro, la libera scelta del coniuge garantita dal sovrano – contro ogni interferenza della famiglia di origine– l'abolizione della dote femminile e la parità di genere nell'asse

ereditario, la garanzia della piena occupazione per uomini e donne e più ampiamente la parità tra uomini e donne se non vogliamo ricordare il fatto che in Neapolis erano ammesse ai giochi isolompiaci anche atlete di sesso femminile e come ben sappiamo, soprattutto oggi che occorrerebbe ricordarlo, nella battaglia per i diritti LGBT Napoli ha sempre onorato i richiamati “femminielli”, omosessuali maschio-donna espressione della divinità. Ma questi sembrano proprio temi che non interessano a certe battaglie femministe rivolte ad un “fluidismo” omologante e privo molte volte di concreta resistenza sociale.

Come avviene infatti nell'assoluto silenzio circa la criminalizzazione della donna di lingua materna napoletana.

Ciononostante, in Italia e ci permettiamo di ricordarlo, l'unico consesso che si erge contro questa azione diffamatoria della donna nata “a Sud di Roma” è, permetteteci il farlo, il gruppo scientifico e socio-linguistico “Accademia Napoletana” nella sua costante denuncia di discriminazioni, violenze socio-culturali e morali, in quello che può essere rappresentato come un vero bullismo ideologico di Stato, avallato da certo femminismo italiano (ma potremmo anche togliere il “certo”).

Il lavoro dell'Accademia si svolge in collaborazione, non a caso, con donne ed uomini, molto più spesso appunto donne impegnate attivamente nella protezione dei

diritti civili delle minoranze e contro ogni violenza, inclusa quella di genere quali ad esempio le prof.sse Miryam Yataco, Carolina Castañeda, Silvia Maria Carbone, Marisa TREJO Sirvent, Karla Del Carpio, solo per citarne alcune, delle quali ci onoriamo appunto di collaborare.

Quanto sopra richiamato si configura pertanto come un ambito di riflessione circa il concetto di bullismo e di violenza contro le donne che crediamo molto indicativo, costituendo il caso in esame come esemplare e purtroppo paradigmatico almeno in Occidente, relativamente ad un'intera comunità socio-culturale, quale quella napoletana e dei napoletani e campani, in quanto cittadini della nazione italiana, anche rispetto ai principi costituzionali che tutelano la sovranità, la dignità umana, l'eguaglianza, la libertà d'espressione ed il progresso democratico della nazione italiana.

Il femminismo italiano e con quest'aggettivo, intendiamo anche quello che solo geograficamente od anagraficamente insiste "a Sud di Roma" è come il proletariato esterno descritto dal grande Nicola Zitara, calabrese, egli lucidamente asseriva che "gli interessi del proletariato settentrionale sono inconciliabili con quelli del proletariato meridionale".

"Quando le vittorie politiche e sindacali si traducono in leggi generali, il proletariato meridionale non ne beneficia, perché tali leggi contemplano situazioni

estraneae all'assetto meridionale" Per cui potremmo ben dire che il femminismo italiano è appunto italiano e pertanto strutturalmente anti-meridionale e non potrebbe che essere così per la stessa natura ideologica e strumentale razziale di ogni movimento a carattere "italiano".

Dimostrazione di quanto diciamo sono in primis nel completo disinteresse delle associazioni che si vogliono contro la violenza di genere e per la protezione dei diritti dei fanciulli, cui ci siamo rivolti e continuiamo a rivolgerci ma invano, in Italia, lo ribadiamo ancora, come Accademia Napoletana.

Nulli ad esempio e silenti sono i riscontri datici da realtà anche penitenziarie femminili cui abbiamo interessato sulla tematica del recupero, attraverso la formazione culturale e linguistica dell'idioma Napoletano delle donne recluse, ovvero la risignificazione di un patrimonio linguistico che storpiato e indirizzato (ancora una volta, promosso univocamente come tale e come "valore" dall'establishment culturale italiano) ad attività criminogene potrebbe invece dimostrarsi strumento di elevazione e recupero sociale di questi soggetti (p.e. con la cura dei beni culturali caratterizzati appunto da un'espressività linguistica ad essi fortemente connessa).

Tali proposte ricadono nel vuoto puntualmente in Italia. Non all'estero dove

invece come menzionato l'Accademia Napoletana riceve consensi e opera in piena cooperazione scientifica su questi temi, come è il caso della Rivista sulla cui ci pregiamo di scrivere.

Disgraziatamente il femminismo "blanco" italiano è completamente disinteressato a questi temi poiché semplicemente essi non esistono, non possono esistere in quanto potente è l'ideologia giacobina e positivista che permea la loro radice e la loro azione nei confronti della donna e dell'uomo "meridionale.

Difatti, il Femminismo italiano si riveste di un'aura "intersezionale" ma in realtà rimane profondamente "blanco", in quanto come questo, non mette in evidenza che l'esperienza di una "meridionale" o meglio napoletano-siciliana, così come quella di una donna nera o indigena, non può ridursi alla sua identità di donna come equiparata a quella di una donna del Nord Italia, perché le donne bianche (o dell'Italia del Nord, nel caso in esame) non hanno mai subito razzismo o discriminazione sistemica a causa del colore della pelle o dell'etnia (meridionale, nel caso in ispecie), il che rende l'oppressione di genere ulteriormente virulenta a causa dell'oppressione dovuta alla loro etnia.

Discriminazione che non ha nulla a che vedere con ciò che definiamo "patriarcato femminista" ovvero una lombrosiana e quindi "atavica" sottomissione e schiavizzazione di queste donne al

"patriarcato dell'uomo-lombrosiano-meridionale" che il Femminismo italiano considera come fatto indiscutibile, purtroppo oggi.

In questo quadro risultano interessanti le argomentazioni che Angela Harris, giurista esperta nei campi della teoria critica della razza, scienze criminologiche e femminista, propone circa il femminismo bianco che terrebbe le redini della teoria giuridica femminista, agendo come una sorta di "essenzializzazione" (semplificazione) del genere e scollegandolo da altri fenomeni (come la razza o l'etnia, nel nostro caso).

Il femminismo bianco, secondo la Harris, non compierebbe molti sforzi per comprendere altre realtà, per raccogliere informazioni su di esse; a maggior ragione quando queste altre realtà siano state sistematicamente escluse dalla conoscenza. Infatti: l'essenzialismo sarebbe emotivamente sicuro.

Il Femminismo, in tal senso, per molte donne, diventa un luogo sicuro, poiché scappando dall'oppressione, hanno bisogno dell'unione, non della differenza; vogliono la pace, non il conflitto.

Che questo spazio sia, di per sé, un luogo di discriminazione; che l'uguaglianza tra le donne sia inferiore alle differenze potrebbe essere troppo da digerire per alcune di esse.

Per cui alle donne non bianche non sarebbe consentita ontologicamente una

critica alle donne (femministe) bianche, ovvero a quanto le avrebbe salvate. Meglio stare zitte. L'essenzialismo quindi non sarebbe solo intellettualmente ed emotivamente facile (Il noi donne contro loro uomini) ma anche una grande bandiera per navigare le acque politiche; il dissenso, al contrario, sempre interpretato come un fallimento delle donne, incapace finanche essere d'accordo tra loro.

Le femministe "bianche" pertanto giocherebbero a questo gioco, cancellando ogni differenza e presentando un fronte comune. Il prezzo? L'invisibilità di una molteplicità di esperienze.

In quarto luogo, conclude Harris, si essenzializza per un bisogno cognitivo di semplificare le cose credendo che in assenza di semplificazione, ciò che rimarrebbe è il caos. Le cose, invece, sempre come ci ricorda Harris, non sono così binarie, opposte, semplici.

Al contrario un reale movimento femminista deve (perché ha) la capacità di rendersi conto di tutta la loro complessità; la capacità di avere analisi più sofisticate e di essere più sensibili. Il femminismo bianco invece, per la Harris parla a nome di tutte le donne, tacendo sui privilegi delle donne bianche e invece che individuare come poter contribuire a sradicarli, finisce in conclusione per rafforzarli, senza assumersene la responsabilità.

Questa è una tesi che sottoscriviamo e che pensiamo identicamente sovrapponibile alla situazione del femminismo italiano, etnico, borghese, "bianco" e strettamente connesso al regime politico italiano, ancora una volta ripetiamo, etnicamente strutturato, socialmente, culturalmente ed economicamente colonialista poiché intimamente razzializzato.

Al contrario ed all'opposto incontriamo una sorta di femminismo intersezionale in quanto prospettiva politica che abbraccia molteplici lotte contro tutte le oppressioni possibili, senza imporre una gerarchia fra di loro, ma rivendicando le specificità di ciascuna. A questa tesi si può obiettare, proprio prendendo ad esame la situazione "strutturale" della donna "meridionale" che al di là delle intersezioni implicate nelle singole situazioni, ricorrono dei *domini di potere* strutturali, disciplinari, egemonici e interpersonali nelle diverse forme di oppressione.

Il femminismo bianco non è il femminismo delle donne bianche, è il femminismo che sostiene lo status quo e non è interessato ad alterare la realtà, ma a riformarla, lasciando intatti i rapporti di potere non legati al genere. È il femminismo che non ha interesse ad ammettere altre variabili oltre al genere come chiavi nell'analisi femminista e che, se lo fa, sostiene inevitabilmente una sorta di gerarchia. Ecco perché, occorrerebbe un'azione politica e di politica culturale che

recuperasse l'idea della prevalenza di alcuni domini di potere su altri (nel nostro caso quello etnico ed a difesa dell'economico) e quindi di alcune modalità di disuguaglianza su altre.

L'Accademia Napoletana si fa portavoce di una nuova e diversa prospettiva educativa, multidisciplinare ma con un preciso focus sulla problematica di fondo: il colonialismo culturale quanto espressione di una struttura di potere economico di base Nord-Sud. Tale azione colonialista iniziata e programmata ancor prima del 1860, non poteva che infondere i suoi effetti anche, agendone come strumento, nel campo del Femminismo italiano, egemonicamente positivista ed ideologicamente razzializzato.

Ci sforziamo attraverso anche la redazione di articoli, conferenze, convegni, pubblicazioni accademiche di sensibilizzare il mondo scientifico e sociale su queste problematiche e in ispecie verso le realtà sociali più vulnerabili.

Recentemente abbiamo approcciato il tema per lo XI Encontro Científico da Braz Cubas – ENCIBRAC, II Congresso Internacional Acadêmico – CIA, con il Preg.mo Prof. Ivan Durães, del quale chi scrive si onora di avere tra i membri dell'Accademia e nel II° Colloquio Internazionale dei Ricercatori di Lingue, Letterature e Pedagogia, congresso accademico tenutosi dal 10 all'11 dicembre 2021, dal Chiapas, Messico, evento

organizzato dalla Rete Internazionale dei Ricercatori di Lingua, Letteratura e Formazione e dal Centro di Ricerca Culturale e Artistica del Chiapas. In questa sede lo scrivente ha dissertato circa la piattaforma ideologica razzista che influisce sul movimento del femminismo italiano tutt'oggi.

Nonostante in Italia sia un argomento tabù continueremo a sensibilizzare e a lottare affinché venga rilevata e portata alla comprensione della nostra comunità l'estrema urgenza di una politica realmente inclusiva e rispettosa di ogni vera differenza e soprattutto di necessità sociale.

CONCLUSIONI

Il tema del Femminismo italiano in quanto *costitutivamente* etnico e pertanto ideologicamente e strutturalmente razzializzato è un caso assolutamente di studio nel quadro della discussione femminista a livello internazionale, sicuramente inesistente come riflessione né accademica, né dei gruppi, movimenti anche più radicali che si occupano di battaglie sociali e rivendicazione di diritti e vorrebbero in ogni caso ed in ogni dove e circostanza, molto spesso cadendo nel ridicolo, nel “femminicidio” tout court, nel razzismo (afro, rom, ecc., mai nei termini di una discussione che preveda la sottomissione ideologica e culturale da parte delle istituzioni e del potere

centrale culturale (sessista o meno) italiano, nei termini appunto dei cui abbiamo finora dissertato.

Il femminismo italiano è ancorato a una sorta di “radical chic” o political correct che finisce per svuotare di ogni contenuto ogni autentica lotta di liberazione, che sia di genere o non di genere dell’essere umano, poiché non andranno mai ad incidere sui diritti economici e sociali che dovrebbero essere alla base di una rivendicazione di “rispetto e tolleranza” e di ogni contrasto alla violenza, di genere o non di genere, con qualsivoglia connotazione.

Esso si pone, pasolinianamente, per così dire come strumento di quella omologazione, in quando distruttrice delle differenze, in nome del rispetto delle differenze (quali? e chi le stabilisce?) in quella sorta di consesso “fluid”, quell’anarchia del potere che appunto l’intellettuale e poeta Pier Paolo Pasolini aveva ben compreso ed analizzato a cavallo degli anni ‘60 e ‘70 dello scorso secolo.

Il poeta descriveva lucidamente quella nuova forma di fascismo, data dalla società dei consumi e della falsa liberazione dei corpi che altro non sarebbe stata che distruzione dei medesimi, in una specie di gestione (!) commerciale, omologante, pornografica da parte del potere, della libertà.

Ecco che allora quell’impulso schietto, democratico e libertario che pur il femminismo italiano aveva assunto finiva per

scaturire ed immergersi in quel grande “political-correct” ideologicamente amebico, di facciata che caratterizza la nostra società “fluida”, proiettata verso la cancellazione delle differenze per transumanesimo (!) scevra da reali contenuti sociali ed economici, dove in ogni caso, per quanto ci riguarda, la tematica della donna “nata a Sud di Roma” era, come è oggi, una questione da affrontare cinematograficamente, televisivamente, artisticamente e socialmente come una tematica di liberazione dalla schiavitù del maschio patriarcale, da una società (quella meridionale) che sarebbe ontologicamente “diversa” dalle aree e consessi civili e progressisti della realtà ad esempio del Settentrione d’Italia o di altri paesi “nordici”.

Oggi giorno il femminismo liberal o moderato non fa eccezione come mai ne ha fatta: in ogni dove, come e quando questa donna, fanciulla “deve” attraversare una tappa emancipatrice (evolutiva) da una condizione sociale, intrinseca del Meridione per passare quasi ... in un *percorso iniziatico* ad un’altra, progredita, civile, non barbara, propria con una lingua che non è la sua, che va edulcorata, snaturata, in una de-identificazione e deportazione da sé stessa.

Come Accademia Napoletana, per la cultura, l’eredità culturale millenaria magno-greca e libertaria (realmente) che ci contraddistingue, denunceremo, insieme a tutte le donne di ogni dove che vivono in condizione di minorizzazione e

schiaivizzazione e *falsa* liberazione, in piena e scienza e coscienza questo dramma, che è dramma di ogni donna o essere umano di essere “costretto da altri” alla sua liberazione....

BIBLIOGRAFIA

ALONGI, G. (1886): La mafia nei suoi fattori e nelle sue manifestazioni. Studio sulle classi pericolose della Sicilia, Torino, Bocca.

CERCLES, 2003; (6): 92-111. Grup d'Estudi d'Història de la Cultura i dels Intellectuals (GEHCI), Universitat de Barcelona.

REVISTA DE DIREITO CIVIL da FADIPA, disponível em <https://revistas.anchieta.br/index.php/RevistaDirCivil/issue/archive>

HARRIS, Angela P. Race and Essentialism in Feminist Legal Theory. Vol. 42, No. 3 (Feb., 1990), pp. 581-616 Stanford Law Review

NARDELLA-DELLOVA, Pietro (org). Antropologia Jurídica: uma contribuição sob múltiplos olhares. 2ª ed., São Paulo: Editora Scortecci, 2018.

PALANO, Damiano. Viaggio nell'abisso. Figure del Meridione nell'Archivio di Cesare Lombroso (1880-1900).

PRETEL, Alejandra ¿A qué nos referimos cuando hablamos de feminismo blanco?

Afro Feminas, 2 Giugno 2020.

**A COMUNIDADE DE DIREITO A
PARTIR DAS RELAÇÕES
DIALÓGICAS E DO CONCEITO DE
BENS²⁰⁷**

Pietro Nardella-Dellova²⁰⁸

RESUMO

Um dos pontos cruciais, em relação à comunidade de direito, é a cidadania: esta relação que se tem entre cidadão e comunidade e entre comunidade e cidadão. Esta relação que é, todos os dias, desfeita a golpes terríveis. Pois, a pessoa sente que alguma coisa não corresponde a esta noção bastante óbvia de cidadania. Algo que não dá o necessário amálgama, a que se pode chamar de alienação. A pessoa sente que está fora e sente que não faz parte e, com isso, passa a

²⁰⁷ Este Artigo é originário da Dissertação de Mestrado *A Crise Sacrificial do Direito: uma Leitura do Direito a partir de René Girard e Martin Buber e da Distribuição dos Bens*, apresentada, defendida e aprovada na Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em 2000;

²⁰⁸ **Pietro Nardella-Dellova** é Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense, UFF, e Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da USP – Universidade de São Paulo; é Doutor e Mestre em Ciência da Religião pela PUC/SP; é Pós-graduado em Direito Civil e Processo Civil; é Pós-graduado em Literatura; é Formado em Filosofia pela FECS, e é Bacharel em Direito pela FDSBC. É membro efetivo da Comissão de Direito e Liberdade Religiosa da OAB/SP – São Paulo; Membro da Comissão de Notáveis da OAB/BC, Balneário de Camboriú, Santa Catarina; Membro da “*Accademia Napoletana per la Cultura di Napoli*”, Nápoles, Itália; Associado ao Grupo Martin Buber, de Roma, para o Diálogo entre Israelenses e Palestinos; Associado ao Grupo “Judeus Pela Democracia” (Israel, USA e Brasil). É Autor de vários livros, entre os quais, *Antropologia Jurídica* (2017); *Direito, Mito e Sociedade* (2021) e *Pierre Proudhon e o Direito Civil: Teorias da Propriedade como “droit d’aubaine” e como função libertária* (2021). É autor de centenas de artigos e pareceres jurídicos; é Poeta,

não fazer parte e passa a estar fora. O mundo comunitário é uma *coisa* estranha. Nada ali parece fazer sentido algum e, portanto, nada deve ser feito para que a comunidade permaneça.

Palavras-chave: *comunidade de bens, cidadania, comunidade de direito.*

ABSTRACT

One of the crucial points, in relation to the community of law, is citizenship: this relationship that exists between citizen and community and between community and citizen. This relationship that is, every day, undone with terrible blows. For, one feels that something does not correspond to this very obvious notion of citizenship. Something that does not give the necessary amalgamation, which can be called alienation. The person feels that he is outside and he feels that he is

com vários livros de Poesia publicados, e membro da UBE – União Brasileira de Escritores (São Paulo), assim como da Accademia Napoletana (Nápoles). Em 2004, criou e coordenou o CPPJ – Centro de Pesquisa e Prática Jurídica “Prof. Goffredo Telles Jr.”. Em 2011 criou e coordenou o Grupo de Estudos e Pesquisas NUDAR – Teorias Críticas Aplicadas ao Direito Privado. É Pesquisador do Grupo de Pesquisa TC TCLAE CNPq, e Coordenador, no mesmo Grupo, da Linha de Pesquisa “Direito Civil Constitucional, Teorias Críticas e Educação. É Pesquisador do Grupo de Pesquisa VEREDAS PUC/SP-CNPq. É Professor, desde 1990, de Literatura, Direito Civil, Filosofia, Direito Processual Civil e Direitos Humanos em vários cursos (graduação e pós-graduação), entre os quais, Universidade Federal Fluminense, Faculdade de Direito Padre Anchieta, ESA – Escola Superior da Advocacia, Pós-graduação em Direito da UNIMEP; EMERJ – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Atuou como Professor visitante (2011-2013) na Faculdade de Direito da USP, abordando o tema “Direito Hebraico Comparado”. É Pesquisador bolsista CAPES/FUNDASP no Programa de Estudos Pós-graduados da PUC/SP. Atualmente, além das atividades docentes no Brasil, desenvolve estudos e pesquisas em *New York, USA.*

not a part and, with that, he becomes not a part and becomes outside. The community world is a strange thing. Nothing there seems to make any sense and, therefore, nothing must be done for the community to remain.

Keywords: *community of goods, citizenship, community of law*

1. a ideia de polis e justiça ou a comunidade de direito

O conceito de *polis* é bem mais profundo do que o de uma cidade-estado. Tem algo a ver com justiça, como democracia, como humanização. Enfim, lembra o Prof. Tércio Sampaio Ferraz Jr., que ***polis é o lugar onde a justiça acontece.***²⁰⁹ Não havendo justiça será qualquer outra coisa, até cidade-estado, mas não será *polis*. É necessário começar pela *polis*, mesmo compreendendo a afirmação de Girard, já citada, de que ela – e tudo o que nela há – representam, considerando a unidade de todas as formas simbólicas, o local de linchamento inicial:

“na Grécia, estes lugares são as tumbas de certos heróis, o omphalos, a pedra da ágora e, finalmente, símbolo por excelência da polis, o lar comum, Hestia”, “basta para convencer que todos eles designam o próprio local onde a vítima expiatória pereceu ou onde se imagina que pereceu. As

*tradições ligadas a estes lugares e as funções da origem ritual a eles associadas confirmam a todo instante a hipótese que situa o linchamento sagrado na origem da Polis”*²¹⁰

E, certamente, o pensamento girardiano não está de modo algum equivocado, pois o que se comprova claramente é esta razão antropológica, a *polis*, representa, até aqui, a origem dos *malditos* (vítimas da exclusão) e dos sacrifícios. Até mesmo a ideia de centralização de poder nas mãos de um soberano, ou de uma instituição, faz lembrar a composição mecânica dos sacrifícios e das sociedades sacrificiais. Por outro lado, lembra Jean-Pierre Vernant, que o advento da *polis* coincide com o desmoronamento de uma Grécia antiga, supersticiosa, sem justiça, e com o nascimento de um novo modo de ver o mundo, a saber, a sabedoria (*sophia*): toda penetrada de reflexão moral e de preocupações políticas. Segundo ele,

“esta sabedoria tende a definir os fundamentos de uma nova ordem humana que substituiria por uma lei escrita, pública, comum e igual para todos: aquele poder absoluto do monarca ou as prerrogativas de uma pequena minoria. Assim, de Sólon a Clístenes, a polis adquire, no decorrer do século VI, a forma de um cosmo circular, centrado na ágora, praça pública onde, semelhante a todos os outros, cada cidadão, obedecendo e

²⁰⁹ Prof. Tércio Sampaio Ferraz Jr., em uma aula, por mim anotada, na Pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1998;

²¹⁰ René Girard. A VIOLÊNCIA E O SAGRADO. Tradução de M. C. Gambini, SP: Paz e Terra, 1990, p. 375;

comandando alternadamente, deverá ocupar e ceder todas as posições simétricas que compõem o espaço cívico". "Esta é a imagem de um mundo social regulamentado pela isonomia, a igualdade em relação à lei". "Noção de uma ordem cósmica que repousa numa lei de justiça (Diké) inscrita na natureza, numa regra de repartição (nomos) que implica uma ordem igualitária para todos os elementos constitutivos do mundo, de tal maneira que ninguém possa dominar os outros e sobre eles levar vantagem"²¹¹

A ideia de *polis* não é, e não pode ser, uma ideia equivocada, porém apesar de lembrar a todo instante o palco sacrificial, é inegável que desde o mencionado século os homens vêm tentando dar-lhe uma recuperação. E como foi (por tudo o que registra a história) violentamente agredida, com ela foram agredidos todos os sonhos de uma humanidade que pudesse substituir, e até superar, a animalidade, ou seja, a besta que se encontra no homem.

Como sugere Buber, é premente que a *polis* renasça. O equívoco reside no fato de se querer recuperá-la e assim com todos os seus traumas e vícios, sobretudo, o da maldição, vale dizer, o da exclusão. Ocorre que, como com os cultos dionisíacos, os malditos constroem sua própria *polis* e, desta forma, uma estrutura paralela ou mesmo interior à da cidade "oficial", que escapa a uma busca da justiça, haja vista que o diálogo

termina no momento em que se defrontam duas *polis*. Não é isso o que ocorre, de uma forma festiva, com a "política" do *carnaval*? De uma forma violenta com as organizações "políticas" do *morro*? Ou de uma forma, igualmente violenta, com as organizações "políticas" do mercado, sobretudo, o *financeiro*?

O grande erro da estrutura política é exatamente este: acabou por ser o reduto dos gananciosos (e aqui, tanto faz ser rico ou pobre, ser negro ou branco). Os pequenos grupos renunciaram às relações de humanidade. E todas as suas instituições, desgraçadamente incluía-se a do Direito, parecem servir a um pequeno número de dominadores. Muitos operadores do Direito, em quaisquer escalas, negligenciam a substância, a essência, o ideal político, e, com isso, a *polis* entra em convulsão. A ágora deve, também, ser renascida. Não mais para o encontro de filósofos ou de poucos proprietários, os que a si mesmos denominavam-se *cidadãos*, mas para o encontro de todas as pessoas, reconhecidas como seres humanos, que devam participar dos seus próprios destinos. Aliás, a *polis* renascida deve ser uma grande *ágora*. Um lugar *de encontro*, melhor, *do encontro*. O lugar onde o amor acontece e, por isso mesmo, o diálogo acontece.

Desta forma, a *polis* deve ser o ponto

²¹¹ Jean-Pierre Vernant. MITO E PENSAMENTO ENTRE OS GREGOS.

Tradução de H. Sarain. RJ: Paz e Terra, 1990, p. 378, 379;

inicial para as relações que neste estudo se denominam *dialógicas*. A *polis*, que é a extensão da casa, como lembra Osman Lins, que é o lugar com árvore e com sol, sendo o primeiro e o mais frequente desenho das crianças. Esse grande autor brasileiro, constrói o seu *retábulo* da humanidade, em doze capítulos, aos quais chama *mistérios*, considerando o homem como um primeiro mistério, a casa e, portanto, a família, como o segundo, e a *polis* como o terceiro. Para ele, com o entendimento do todo desta sua obra, para o processo de humanização, é a *polis* um dos elementos importantíssimos:

*“a praça, o templo. Lugar de encontro. Os homens reunidos para a discussão, para o divertimento, para as rezas. Perguntas e perguntas, respostas, diálogos com Deus, passeatas, sermões, discursos, procissões, bandas de música, circos, mafuás, andores carregados, mastros e bandeiras, carrosséis, barracas, badalar de sinos, girândolas e fogos de artifício lançados para o alto, ampliando, na direção das torres, o espaço horizontal da praça”*²¹²

A *polis* é o lugar onde a justiça acontece, ou onde pode acontecer. Se ainda não acontece, não é *polis*. Talvez seja realmente esta outra coisa substituta do sacrifício ou aquela pedra onde se imola a

vítima sacrificial, não mais que um prato asteca na mão de um deus qualquer onde se depositam os corações arrancados das vítimas da violência ritual. Conforme Vernant, o ponto fundamental da *polis* é a presença da *Diké*: a Justiça. É correto que a primeira coisa a ser verificada, portanto, em relação ao espaço da *polis*, é a Justiça. Não é, certamente, por outro motivo que Platão começou sua obra *A República* com os questionamentos, de forma dialógica, em relação à Justiça: *“che cosa, secondo te, Simonide ha detto bene intorno alla giustizia?”*²¹³

Porém, a relação dialógica a que se pretende chegar neste estudo não é necessariamente o diálogo no qual se exigem palavras ou grandes oradores e retóricos. Assim como, o amor aqui considerado não é o sexual nem o sentimental, e sim o da responsabilidade de um para com o outro, isto é, *o amor fato social*, o diálogo deve ser construído na concretude, também, no fato social. Existem caracteres que informa a *polis*: a justiça do diálogo e do amor, isto é, o relacionamento de seres humanos livres, que ***de suas casas*** projetam-se para a ***praça pública*** para o encontro, ampliando para as torres o espaço horizontal da praça. Este

²¹² Osman Lins. Retábulo de Santa Joana Carolina, in *O CONTO BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO*, com seleção, introdução e notas por Alfredo Bosi, da USP. São Paulo: Editora Cultrix, 1992, p. 156;

²¹³ PLATONE. LA REPUBBLICA. Introduzione di Francesco Adorno, traduzione di Francesco Gabrieli, com testo greco a fronte. Milano: Rizzoli Libri, 1999, p. 220. Tradução livre: *o que, segundo o teu parecer, Simonide, disse acerca da Justiça?*

aspecto da justiça é forte: que todos possam dialogar a partir de um ponto comum:

“a casa com a árvore e com o sol que é o primeiro e mais freqüente desenho das crianças. É onde ficam a mesa, a cama e o fogão. As paredes externas e o teto nos resguardam, para que não nos dissolvamos na vastidão da Terra (...). Através das portas, temos acesso ao resto do Universo e dele regressamos”²¹⁴

Por isso mesmo, é a correta a afirmação sobre a *polis* como lugar de justiça. A justiça, nesse sentido, é o *espírito da polis*. Não será o que ela procura, e sim, o que ela é. Ao ponto de *polis e justiça* serem palavras sinônimas. A expressão máxima da relação dialógica eu-tu, em que nenhuma pessoa fora coisificada. E dessa forma, pode-se dizer, então, que não sendo, a pessoa humana, de fato, a substância da *polis* e da *justiça*, mas, o interesse dos gananciosos, dos mercados, aquela será a *pedra da imolação* e esta o *sacrificador*. O que simplesmente faz por dar existência aos sacrifícios, isto é, o poder político determina quem deve ser a vítima expiatória e o poder judiciário, como faziam os sacerdotes astecas, tira-lhe o coração e oferece a *Moloch*. Sendo, portanto, a *polis e a justiça*, ambas inter-relacionadas, **Palavra**

²¹⁴ Osman Lins. Retábulo de Santa Joana Carolina, *op. cit.*, p. 154;

²¹⁵ Em hebraico Palavra é **dàbhàr**, isto é, **a substância, o espírito**. Em nenhuma hipótese **dàbhàr** é o símbolo ou reflexo do que significa; No sentido de **dàbhàr**, Martin Buber emprega os termos **palavra-princípio eu-tu** ou **palavra-princípio eu-isso**.

(**dàbhàr**)²¹⁵ da relação dialógica, ou seja, relação de amor, é possível afirmar que é a *comunidade de direito*.

2. Consequências imediatas da comunidade de direito

2.1 Alcance e manutenção do bem comum

Na modernidade, cuja característica predominante é a do pluralismo, em quaisquer setores em que possa implicar, é difícil conceituar *bem comum*. Até porque, conforme adverte Carlos Cardona, a expressão impõe, pelos menos, duas perguntas: *é bem comum porque todos o querem?* ou *todos o querem exatamente porque é bom?* A resposta ele busca em Tomás de Aquino,²¹⁶ para quem, aquilo que interessa a todos será efetivamente bom, porque não é possível que o juízo natural falhe a todos, tendo em vista que o homem busca, pela sua natureza, o que realmente é bom. E continua afirmando que, a comunidade real é, por isso mesmo, indivisível.²¹⁷ Assim, dentro da concepção de Tomás de Aquino, o *bem comum* é o bem tanto deste quanto daquele, enquanto este ou

²¹⁶ **“bonum est quod omnia appetunt”** Tomás de Aquino – (S.Th. 1 q. 5 a. 1c), citado por Carlos Cardona. LA METAFÍSICA DEL BIEN COMUN. Madrid: Rialp, 1966, p. 14 e 93;

²¹⁷ **“aliud est commune re, quod quidem manet indivisum”** (Tomás de Aquino In I Sent. D. 34 q. 1 a. 1 ad 4), citado por Carlos Cardona. *Op. cit.*, p. 29 e 101;

aquele é parte de algum todo.²¹⁸ E coloca o bem comum como sendo o bem supremo Deus, porque, segundo ele: “*es manifesto que Dios es el bien común de todo el universo y de todas sus partes; por lo que toda criatura, a su modo, naturalmente, ama más a Dios que a sí misma*”²¹⁹

Embora indique Deus como bem comum por excelência, afirma que todos os homens querem ser felizes, desejam a felicidade, de uma maneira natural e, portanto, a felicidade é *um certo* bem comum. Entretanto, para que se alcance a felicidade é necessário que não reste mais desejo, quicá, desejo mimético, porque ele é a origem das inquietações, a que Girard chama de tensões e daí, raiz da própria violência. Isto ocorre quando a capacidade de amar se atualiza plenamente, indicando à razão comum que se alcançou a felicidade, força agregadora de todos os bens.²²⁰ De qualquer forma, seja o fim último do homem chegar a Deus (ou voltar a Deus) ou qualquer outro fim supremo, é reconhecido, mesmo por Tomás de Aquino, que no percurso há uma comunidade a que se pode chamar

comunidade humana, na qual os homens. Não se deve confundir a comunidade humana com o Estado. Este, é meramente um órgão de governo e administração que, entre outras coisas, deve servir à comunidade humana, com políticas que facilitem aos homens viver uma vida virtuosa. A organização política tem seus fundamentos na comunicação das obras honestas e, ainda que sejam considerados como instrumentos para felicidade humana, os bens materiais devem ser, também, promovidos por esta mesma comunidade.²²¹

De outra forma, para Maimônides e para Marx,²²² existe um objetivo a ser alcançado pelo homem. Para este, *o pleno desenvolvimento do poder humano*; e para aquele, *o homem chegará ao pleno conhecimento de Deus, dedicando-se à Torá e à sabedoria*. Mas, partem do mesmo fundamento, há um reino das necessidades, que deve ser suprido, sempre com tudo o que for mais adequado e mais digno da natureza humana. Qualquer que seja o fim comum, o objetivo, o bem comum a ser alcançado, não deve ser desconsiderada a base da existência.

²¹⁸ “est autem quoddam bonum commune quod pertinet ad hunc vel ad illum in quantum est pars alicuius totius, sicut ad militem, in quantum est pars civitatis; et quantum ad dilectionem respicientem hoc bonum, principale obiectum dilectionis est illud in quo principaliter illud bonum consistit” (Tomás de Aquino, De Car. A. 4 ad 2), citado por Carlos Cardona, op. cit., p. 35 e 105;

²¹⁹ “manifestum est autem quod Deus est bonum commune totius universi et omnium partium eius; unde quaelibet creatura suo modo

naturaliter plus amat Deum quam seipsam” (Tomás de Aquino, Quodl. I, q. 4 a. 8c), citado por Carlos Cardona, op. cit., p. 36 e 105;

²²⁰ “felicitas autem est finis humanae speciei: cum omnes homines ipsam naturaliter desiderant. Felicitas igitur est quoddam commune bonum” (Tomás de Aquino, C.G. III, c. 39) citado por Carlos Cardona. Op. cit., p. 37;

²²¹ Carlos Cardona. **Op. cit.**, p. 76-90;

²²² Maimônides e Marx, citados por Erich Fromm. TER OU SER? . trad. Nathanael C. Caixeiro. 2ª ed. RJ: Zahar, 1979, p. 154-155;

E, finalmente, Buber, também faz direcionar-se para o *Tu Eterno*, a própria existência da comunidade verdadeira: “*las líneas de las relaciones, si se las prolonga, se encuentran en el Tú eterno*”²²³ O que, de certa, forma parece concordar com os ensinamentos de Jesus de Nazareth. E não somente os dele diretamente, mas de todo o entendimento que se possa ter da Torá e dos Profetas. Tudo indica uma relação com o próximo e, também, com Deus: “*amarás pois o Senhor teu Deus de todo o teu coração, e de toda a tua alma, e de todo o teu poder*”; “*amarás o teu próximo como a ti mesmo*”²²⁴

Porém este estudo está no plano humano da relação dialógica, ou no *amarás o teu próximo como a ti mesmo*. E não importa o caminho, que, *a posteriori*, tome a humanidade. Este plano é o da comunidade de direito, em que, efetivamente, o maior bem comum é a felicidade de todos. Pode-se dizer que a felicidade humana, a que todos desejam, é a fuga do círculo sacrificial. Vale dizer, a fuga do campo da violência, a desistência do Reino da Discórdia, para um plano de paz, para o Reino do Amor.

É bastante claro e certo que o homem não existe apenas para comer e dormir, o homem, como, aliás, nada no mundo está por acaso. Compreende-se que o homem está num caminho e que a história é escrita por ele

mesmo. O caminho, ou melhor, as condições do caminho, devem dizer respeito à dignidade de todo homem. A *polis/justiça* deve ser, para qualquer efeito, as condições desse caminho e, por isso mesmo, o *bem comum imediato*: comunidade de direito. Em outras palavras, deve haver dignidade na construção do retábulo de um homem, desde o seu nascimento até a sua morte, considerando que todo homem nasce e morre. Desde o momento em que recebe um nome, o seu nome, até o momento em que morre (e no caso do nome e no que implica, para além da morte), o percurso não deve ser obstado por quaisquer outros. A comunidade de direito deve ser a expressão da relação entre o quintal e a praça, entre a casa e o centro cívico. Não uma relação de exclusão ou anulação, posto não seria uma relação. Mas, uma relação em que haja interação, ou seja, que o público seja a simples extensão do privado. E o raciocínio aqui é claro por si mesmo: não havendo privado não haverá público; não havendo respeito pela vida humana, não haverá respeito pela vida social. Exatamente porque cada pessoa deve perceber a relação que acontece de uns com todos os outros.

A face *Dikè* da comunidade aparece no momento em as condições são garantidas, *efetivamente*, para todos. Por isso o judiciário

²²³ Martin Buber. YO Y TÚ. Trad. de Horácio Crespo. Buenos Aires. Ed. Nueva Visión, 1969, p. 73-110;

²²⁴ Lev. 19:18; Deut. 6:5; Mat. 19:19; 22:39; Mar. 12:30-31; Gál. 5:14; Tiago 2:8;

tem um papel preponderante: os juízes não podem ser meros aplicadores da lei, porém magistrados pensantes em relação à própria *polis*, ou seja, magistrados políticos (no mais alto grau, e somente nele, da palavra *político*).²²⁵ Garantindo-se a todos a dignidade humana, nada mais fazem que garantir a relação dialógica, que, por sua vez, é a única que pode desfazer o círculo sacrificial e, com isso, evitar a crise sacrificial. Lembrando que a crise sacrificial pode repercutir de duas formas: ou haverá substituto sacrificial ou haverá explosão da violência intestina. Em resumo, a garantia do bem comum é, na verdade, a garantia da própria relação de amor, porque é a única que pode por (e põe) fim à relação sacrificial. Qualquer que seja a sociedade não amadurecida para comunidade de direito, não garante a relação dialógica e, assim, exigem-se cada vez mais vítimas sacrificiais. A história tem demonstrado que as vítimas são as mais variadas, dependendo da situação: os cristãos, no início da era cristã; as bruxas, na Idade Média; os escravos e prisioneiros, na civilização asteca; a família imperial russa, na revolução bolchevista; os judeus, na Alemanha nazista; os japoneses, no final da Segunda Guerra; os pobres, em todos os tempos; os ricos, em algum tempo; e se perdem as indicações de vítimas reais e de

vítimas potenciais.

Em todos os casos, quem saiu vencendo foi a violência. Até porque ela se alimenta de cadáveres e de miséria: quanto maior o número de cadáveres, e quanto mais imensa a miséria, mais a violência passa a ter sentido, passa a ser justificada e mais, bem mais, reina com vigor - ausência absoluta de *ahimsa* gandhiana. Isto significa ausência de uma relação de amor, ausência de polis/justiça, ou seja, comunidade de direito. E não haverá *ágora*, lugar de encontro, de diálogo, de elevação. Haverá pedra sacrificial.

2.2 Construção da cidadania e do cidadão

Talvez aqui possa ser lançada uma pergunta: alguém deve ser educado para a sociedade ou para si mesmo? E a resposta que parece mais correta negará que alguém deva ser educado para a sociedade ou para si mesmo. Porque qualquer que fosse a resposta afirmativa, levaria para um estado de destruição da comunidade. No primeiro caso, educando-se alguém para a sociedade, perderá sua identidade pessoal, no momento em que se perder na coletividade. No segundo caso, educando-se alguém para si mesmo, tornar-se-á altivo, prepotente e individualista. Tanto o caráter coletivista quanto o caráter

²²⁵ O Prof. Dalmo de Abreu Dallari acredita que os juízes devam participar da vida concreta do país, isto é, devam participar com uma

consciência política, conforme o que se depreendeu de uma palestra proferida na USF, em 2000: Brasil: 500 anos, da qual participei;

individualista lutam contra o conceito de comunidade e se distanciam do conceito de cidadania. Sem que se entre no conceito antigo de cidadania, posto que não atende às exigências do bem comum, além de que, reduzindo o número dos que deveriam alcançar o título de cidadão, não legou para a posteridade qualquer lição de diálogo. De qualquer modo, o conceito de cidadania era formado, entre outros, com o elemento propriedade. O que significa dizer que ser proprietário era *condictio sine qua non* para a cidadania.

Possivelmente levados pela força da ganância, os antigos preferiram excluir muitos *seres humanos* do *status* da cidadania. Não é diferente do que ocorre hoje, apenas que no tempo antigo tinha sido posta uma barreira visível entre o cidadão e o não cidadão, enquanto que hoje, revestida por um véu de hipocrisia e falsidade, chamam-se de cidadãos a todas as pessoas, mais com o propósito de exploração do que de comunidade. Na prática, poucos podem exercer o papel ou responder diante daquilo que realmente significa *cidadania*, não resistindo sequer a quaisquer opressões, uma vez que a cada instante lhes é dito (com palavras vazias) gozarem de tal igualdade perante a lei. Essa igualdade que não se traduz no concreto, ou seja, que não se traduz no fogão, no prato, na habitação, na saúde, na educação, no acesso ao judiciário é, em todos os sentidos, diabólica. Assim como o amor, a

igualdade não deve ser lembrada como uma palavra simbólica. Ao contrário, ela é a possibilidade de diálogo, e só pode ser verificada quando o diálogo ocorre. A cidadania é, pois, a verificação, *in concreto*, da relação dialógica entre pessoas. É a qualidade daqueles que podem participar da comunidade. Nesse sentido, é possível afirmar que não havendo, comunidade não haverá cidadania, posto não haver cidadãos. Aqui, cabe outra pergunta: *e não havendo cidadãos, o que haverá no meio "social"?* Haverá pobres e ricos, fracos e fortes, homens e mulheres, nacionais e estrangeiros, saudáveis e doentes, estudados e analfabetos, patrões e empregados, malditos e benditos. Ou seja, uma situação absolutamente repulsiva, injusta, imoral e anti-comunitária. Em outras palavras, uma situação em que tudo é legítimo. Pois tudo é legítimo (ou pelo menos, legitimado) num regime de violência.

Construir o cidadão é permitir que alguém, reconhecido como *tu*, construa a sua própria humanidade. O exemplo pode vir da família: um casamento não se constrói com a palavra casamento, ainda que pronunciada pelo sacerdote, pelo pastor ou pelo rabino, mas com uma relação conjugal; um filho não se constrói com a palavra filho, mas com a relação filiação; um irmão não se constrói com a palavra irmão, mas com uma relação de fraternidade; dez mil vezes digam-se as palavras casamento, filho, irmão, e não haverá família.

Da mesma forma a construção do cidadão é a própria construção da cidadania, uma e outra estão umbilicalmente ligadas. A cidadania é a relação entre cidadãos que se observa, de fato, na comunidade de direito. Porém, enquanto houver um único *maldito* nas ruas, nas prisões, nas fábricas, nos campos, nas escolas, nas universidades, nos corredores forenses, nos corredores hospitalares, não há dúvida, não haverá comunidade. *Maldito*, no sentido de que não participa em pé de igualdade dos frutos da suposta “*polis*”. É preciso vencer a mentalidade feudal: cuja lógica está em que alguns estão dentro dos muros, ao lado do poder, enquanto outros estão pelo mundo a errar, ou a plantar, ou a colher, ou a morrer para manter os muros inabaláveis para alguns. Ensina Maria Helena da Rocha Pereira, que a *polis* é um sistema de vida e, por conseqüência, forma os cidadãos que nela habitam. E recorda um texto de Simonides: “*a polis é mestra do homem*”²²⁶ Na medida em que se constrói a comunidade, ato contínuo, o cidadão estará sendo construído e, ao mesmo tempo, na medida em que se constrói o cidadão, a comunidade estará sendo construída. A relação neste ou naquele caso é de causa e efeito: haverá um caminho da porta da casa ao espaço da praça

²²⁶ Maria Helena da Rocha Pereira. ESTUDOS DE HISTÓRIA DA CULTURA CLÁSSICA: cultura grega. I vol.. 5ª ed.. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1980, p. 158;

e, da praça, do largo espaço da praça, para a casa.

3. Os fantasmas que devem ser exorcizados

Quando os gregos resolveram que o regime político da *polis* seria o melhor, a Grécia emergiu da Idade das Trevas, conforme ensina Rocha Pereira.²²⁷ Como qualquer construção, que se queira ver erguida, encontra obstáculos que devem ser removidos, assim, também, em relação à comunidade de direito. Como quaisquer obstáculos, estes devem ser superados. Entretanto, os que aqui se apresentam não são em *numerus clausus*. Indicam, entretanto, um caminho para outros debates e aprofundamentos que se façam necessários. Igualmente, alguns destes “obstáculos”, já foram há muito discutidos por ilustres mestres, e isso não tira a legitimidade destes questionamentos, até porque, os obstáculos são, igualmente, pressupostos da relação dialógica. Ao contrário do que se possa pensar e julgar, o que não está bem, o que não é justo, o que é violento, deve ser, diuturnamente, denunciado, à semelhança do que faziam os profetas hebreus, aos gritos reiterados. Aliás, esta é uma das funções do

²²⁷ Maria Helena da Rocha Pereira. ESTUDOS DE HISTÓRIA DA CULTURA CLÁSSICA, **op. cit.**, p. 159;

magistério, sobremodo, o superior. A denúncia dos obstáculos é, na verdade, uma tentativa de superação da desagregação, ou como lembra Fraile, superação dos elementos que caracterizam a discórdia ou o ódio. Em outras palavras, é a manifestação de que não há um triunfo da discórdia, porque continua atuando, ainda que com menos evidência, as forças do amor.²²⁸

3.1 Esvaziamento da cidadania

Um dos pontos cruciais, em relação à comunidade de direito, é a cidadania: esta relação que se tem entre cidadão e comunidade e entre comunidade e cidadão. Esta relação que é, todos os dias, desfeita a golpes terríveis. Pois, a pessoa sente que alguma coisa não corresponde a esta noção bastante óbvia de cidadania. Algo que não dá o necessário amálgama, a que se pode chamar de alienação. A pessoa sente que está fora e sente que não faz parte e, com isso, passa a não fazer parte e passa a estar fora. O mundo comunitário é uma *coisa* estranha. Nada ali parece fazer sentido algum e, portanto, nada deve ser feito para que a comunidade permaneça. O esvaziamento da cidadania é esta irresponsabilidade com o que diz respeito a todos. Ela é um fato na vida de quaisquer

pessoas que não têm um caráter social e, estranhamente, começa desde cedo: a família parece não ser a família, a escola parece não ser a escola, o município parece não ser o município.

Poder-se-ia perguntar o porquê do esvaziamento da cidadania, se é fruto de uma provocação consciente ou não. Num primeiro momento não importa, porque a cidadania não é um elemento que se reconhece e se define de plano. Ela é. A desagregação dos valores, a coisificação em detrimento da humanização, a exclusão (maldição), a violência institucionalizada e ritualizada, o individualismo, a banalização das injustiças, o desvirtuamento dos representantes no legislativo, o excesso de regras, isto é, de leis inoperantes e fragmentadas e, finalmente, o ópio religioso, lançado sobre as massas, são motivos suficientes para o esvaziamento da cidadania. E tudo isso ocorre a partir da massificação que conduz à alienação. Daí se pode dizer que corresponde ao esvaziamento da cidadania, o fato massificação e o fato alienação. Esta, a entrega absoluta das responsabilidades a outro, que não poucas vezes, não tem rosto, não tem identidade; outro que não é sequer um mandatário, que é simplesmente um mercenário quando não for um estelionatário político ou um *goonda*,²²⁹

²²⁸ Guillermo Fraile. HISTÓRIA DE LA FILOSOFIA: Grécia y Roma. Madrid: B.A.C., 1956, p. 166;

²²⁹ **goonda** significa vigarista. De acordo com Gandhi o goondaísmo ingressou no Congresso

Nacional Indiano, partido político fundado em 1885; conf. Gandhi. AS PALAVRAS DE GANDHI. Texto selecionado por Richard Attenborough. Trad. A.B.P.de Lemos. RJ: Record, 1982, p. 39;

que se aproveita do estado de alienação. Aquela, isto é, a massificação, a perda completa da identidade em função de uma coletividade enlouquecida, que, também, não poucas vezes, é confundida com comunidade, porém, guarda com estas diferenças intransponíveis.

A coletividade exige massas, porque se estabelece em números, em estatísticas, em projeções. Por exemplo, quando um representante da administração pública diz: a mortalidade infantil no ano y foi de $x\%$, está-se em face da coletividade. O esvaziamento da cidadania se verifica, também, quando os membros de determinada sociedade passam a ser reconhecidos pelo número de sua identidade e não pelo nome do seu sentido. Porque se digladiam, sem trégua, o nome que dá sentido a alguém, e o número que identifica e quantifica. A rigor, o esvaziamento da cidadania e, também, a ausência da cidadania, são características fundamentais das estruturas sociopolíticas decadentes e das estruturas sócio-políticas atrasadas ou desvirtuadas. Igualmente, daquelas organizações sociopolíticas, que servem a um pequeno grupo, ou a qualquer grupo, que se valem da opressão e do aniquilamento, para se firmarem. Isto ocorre porque a cidadania exige livre pensamento crítico, legislação que atenda a todos,

judiciário que expresse a justiça para todos, participação consciente nos lucros e nos prejuízos sociais por todos. A cidadania exige mudanças de conduta, de administração e de formação. E, novamente, Fromm, esclarece:

*“desta vez, somente uma modificação fundamental e autêntica nos poderá salvar. No entanto, pouco sabemos como provocar essa modificação, e o tempo é premente. Uma possibilidade é falarmos a verdade”*²³⁰

Finalmente, o esvaziamento da cidadania se verifica nas estruturas que pretendem a comunicação retilínea, vale dizer, ditatoriais, e, por isso mesmo, não interessa qualquer porta que se abra à cidadania, que implica numa verdadeira comunicação circular. Se o esvaziamento da cidadania é fruto da alienação, pode ser assemelhado a um suicídio, cuja morte é lenta. Se, por outro lado, é fruto da massificação, pode ser assemelhado a um homicídio, igualmente lento. Em qualquer situação, a substância é a própria violência. O racismo, a intolerância religiosa, a discriminação sexual, o preconceito social, a pobreza, a injustiça, a difamação, a calúnia, o desprezo, são, neste sentido, apenas meios para se esvaziar a cidadania, ou seja, para tirar alguém da mesa dialógica. Não é um

²³⁰ Erich Fromm. A SOBREVIVÊNCIA DA HUMANIDADE. Tradução de Waltensir Dutra. 3ª edição. Rio de Janeiro: Zahar, 1966, p. 37;

processo involuntário. O esvaziamento da cidadania é um ingrediente consciente na tentativa de manutenção de uma sociedade sacrificial. O não cidadão é aquele que será afastado de quaisquer fontes de pensamento crítico, de quaisquer fontes de fortalecimento do caráter. Em outras palavras, aquele que não realiza em si, não experimenta a cidadania, receberá indiscutivelmente os pratos prontos, jogará conforme a proposta de cartas de quem manda na mesa. O não cidadão é absolutamente necessário, assim como a vítima sacrificial é necessária: é aquela pessoa cuja eliminação futura não acarretará prejuízos e repercussões à mesa de jogos.

3.2 Exclusão e violência ou maldição e pobreza

Não resta dúvida que a *maldição* está relacionada diretamente com o esvaziamento da cidadania. Porém, o esvaziamento da cidadania é algo mais sutil: uma morte lenta. Ao contrário, a maldição é flagrante, direta. É um câncer no objetivo da construção da comunidade de direito, haja vista que se alguém está fora da comunidade, está, também, fora do alcance do seu direito, e livre, completa e legitimamente livre, para construir qualquer que seja outra comunidade, justa ou injusta, benéfica ou

criminosa. E neste sentido, se há um direito comunitário, não terá alcance em relação aos que foram colocados de fora, ainda que insista pela força das decisões do judiciário, não mais estará fazendo que a manutenção de uma “comunidade” de excluídos da mesa, porém, incluídos no sacrifício cujas proporções são infinitamente superiores e muito mais horríveis. Fromm, em outra obra, denuncia este estado de coisas no âmbito social:

“sentimo-nos superiores aos Astecas que em dia de festa sacrificavam 20.000 homens aos seus deuses, na crença de que isso manteria o universo no rumo certo. Sacrificamos milhões de homens por objetivos diversos que acreditamos sejam nobres e justificamos a mortandade. Mas os fatos são os mesmos, apenas as justificativas são diferentes. O homem, apesar de todo o progresso intelectual e técnico, ainda está preso ao oculto idólatra dos laços sangüíneos, da propriedade e das instituições”; *“ainda não experimentou o que é ser plenamente humano. Ainda temos um duplo padrão de valores para julgar nossos grupos e os outros. A história do homem civilizado é, até agora, realmente muito curta, comparável a menos de uma hora da vida humana”*²³¹

A exclusão é um fato de alerta, de reflexão, que este estudo não pode desenvolver o bastante, por não ser o seu tema central. Mas que expõe ao perigo toda

²³¹ Erich Fromm. A SOBREVIVÊNCIA DA HUMANIDADE. **Op. cit.**, p. 36-37;

uma estrutura de direito. Excluir é colocar alguém, de pronto, para fora da mesa do diálogo. Alguém com quem não se quer dialogar ou de quem nada se espera. Porém, a exclusão não desfaz a pessoa humana na sua íntima natureza violenta, apenas a libera da responsabilidade advinda da relação. A exclusão ou, maldição, pode ter inúmeras justificativas, não importa, pois os seus motivadores são destituídos de razão e de verdade, e prenuncia uma nova barbárie, a da extinção de um grupo (não importa qual). O grupo de que será objeto do ódio generalizado. Porque toda a reserva de rancores e dissabores é, tristemente, personificada na pessoa do excluído e na do seu grupo. Ocorre assim a transferência imediata de um problema para uma pessoa. Por exemplo, a pobreza e a miséria passam a ser representadas pelos pobres e miseráveis até o ponto em que esta transferência desenvolve-se num volume monstruoso e, o pobre e o miserável, passam mesmo a ser a pobreza e a miséria. Nesse sentido que excluído e maldito é a mesma coisa, pois é característica do “instituto” do anátema, já mencionado neste estudo. Assim descreve Girard:

“o anátema é colocado numa situação onde lhe é impossível sobreviver; ninguém, exceto ele mesmo, será responsável por sua morte, ninguém irá infligir-lhe

“violência”. O infeliz é abandonado sozinho, sem viveres, em pleno mar ou no topo de uma montanha, ou então é forçado a jogar-se do alto de uma falésia”²³²

Não é sem razão que milhares de pessoas viram suas costas aos pobres, considerando que a pobreza neles é contagiosa. Uma espécie de tribalismo arcaico e idolátrico floresce, de acordo com Fromm, quando a voz da razão silencia.²³³ A própria exclusão já é manifestação de ódio, o seu processo é de violência intestina. É com isso, que exemplifica Daniel Jonah Goldhagen, com sua brilhante tese de doutoramento em Harvard, acerca da participação do povo alemão no holocausto da Segunda Guerra:

“podemos observar duas importantes características e objetivos, da essência das políticas alemãs em relação aos judeus: 1) tornar os judeus seres “socialmente mortos” – seres violentamente dominados, alienados e em geral desonrados – e, uma vez em tal situação, tratá-los de acordo; 2) impedir completa e permanentemente o contato social, neutralizando-os como agentes na vida da Alemanha; e quaisquer que fossem as reais medidas tomadas, esses dois objetivos eram componentes constantes, em quaisquer medidas que, segundo pensavam eram desejáveis (pelo povo), tais como: ataques verbais; ataques físicos; medidas legais de isolamento; estímulo à emigração; deportação forçada; criação de guetos; matança através da fome, debilitação e doenças; trabalho

²³² Conforme descrição de Girard. A VIOLÊNCIA E O SAGRADO, **op. cit.**, 41;

²³³ Erich Fromm. A SOBREVIVÊNCIA DA HUMANIDADE, **op. cit.**, p. 37;

*escravo como substituto para a morte; genocídio e as famosas marchas para a morte*²³⁴

E o que significa isso? Que não importa a dimensão da exclusão. Por princípio ela é sacrificial, seja de uma pessoa ou de milhões, seja deste conturbado século XX ou dos idos tempos astecas, de sociedades ditas civilizadas ou de sociedades ditas selvagens. Enquanto não se vence a exclusão, não se pode falar em comunidade de direito. A exclusão pode ser expressa ou tácita, direta ou indireta, provocada ou inspirada. É, dessa forma, um processo de eliminação do outro. A verdade é que a exclusão social está diretamente ligada àquele princípio que deve ser vencido: o da discórdia, do ódio, da violência da relação eu-isso / eu-outro.

A exclusão só pode ser superada com a tomada de consciência, e com medidas firmes e decisivas, no sentido de que as pessoas façam parte, pelo menos, do básico. Sejam pessoas do grupo ou pessoas estranhas ao grupo, que vêm para ajudar a desenvolver a comunidade. Por exemplo, a Itália tem consciência de que necessita de mão de obra de imigrantes para que a sua economia não se fragmente. Entretanto, antes que sejam aprovadas as leis da imigração, os quadros políticos, mais ligados aos partidos de

esquerda, discutem, incessantemente, sobre um ponto básico: os imigrantes que forem trabalhar na Itália devem ter, de início, e no mínimo, Habitação, Escola e Assistência, a fim de que possam, não apenas trabalhar, mas se integrar à comunidade italiana.²³⁵ E esta preocupação seguida de atitudes firmes, caminha para um ponto, o do reconhecimento do outro como pessoa humana, portanto, o reconhecimento do outro como tu. Seja ele um imigrante ou um nacional. Foi exatamente essa a determinação da Torá:

*“e quando o estrangeiro peregrinar contigo na vossa terra, não o oprimireis. Como a um natural entre vós será o estrangeiro que peregrina convosco; amá-lo-ás como a ti mesmo”*²³⁶

A ideia básica de exclusão refere-se à falta de condições para que alguém tenha um ponto de partida, e nesse sentido, diz respeito aos bens de ordem material. Enquanto que o esvaziamento da cidadania indica mais uma não participação da comunidade. Por isso mesmo, exclusão referir-se à mesa, haja vista que a mesma é simbólica. A mesa refere-se, pelo menos, à habitação, educação, saúde, alimentação. Estes, os pressupostos básicos, somados à cidadania, para que qualquer diálogo político comece. Em palavras mais simples, para que alguém comece a conversar é preciso que habite, que se eduque, que esteja

²³⁴ Daniel Jonah Goldhagen. OS CARRASCOS VOLUNTÁRIOS DE HITLER: o povo alemão e o holocausto. 2ª ed., tradução de Luís Sérgio Roizman. SP. Cia das Letras, 1999, p. 150-151;

²³⁵ *É questo il punto centrale del piano triennale del governo, per gli immigrati: Case, Scuola e Assistenza*, conf. Corriere Della Sera, 17 dicembre 2000;

²³⁶ Levítico 19: 33-34;

saudável, e que esteja alimentado. Infelizmente, ainda não é o que ocorre, pois denuncia Girard, que

*“o anátema perpetua-se até os dias de hoje, sob a forma do esquecimento, da indiferença que a violência coletiva inspira, de sua suposta insignificância, exatamente ali onde é percebida”*²³⁷

3.3 Banalização das injustiças

Por banalização se compreende o processo, pelo qual alguma coisa ou situação, se torna comum, corriqueira, não representando mais nada. Por exemplo, a exclusão tornou-se tão comum, sendo fruto consequente de sociedades cujo mercado domina e dita preceitos. As pessoas não ficam mais indignadas quando encontram uma criança na rua, qualquer criança e qualquer rua, pedindo esmolas, ou fazendo qualquer outra coisa. Igualmente, alguém é espancado no meio da via pública, cai e fica, porque a violência, esse tipo de violência, é comum.

As coisas vão acontecendo numa dinâmica a que falta propósito de verdade e amor, e as justificativas são tão variadas, e repetidas, que elas já não incomodam. Elas vão acontecendo, porém, lançadas entre as linhas ou em notas de rodapé social. A

banalização, assim, opera-se quando algo perde sua substância, boa ou má, entrando na corrente sanguínea, imperceptivelmente vai se misturando com o sangue. Passa a fazer parte da paisagem e dos acontecimentos menos significantes. No momento em que todos estão anestesiados e, portanto, impossibilitados de sentir, de perceber, de ver, de compreender, não têm, também, mais capacidade de indignação, de revolta e de ação. A banalização absorve a todos, extraindo-lhes as forças de ação, de mudança, de construção e, por vezes, de resistência. É o que demonstra o depoimento de Kurt Möbius, um antigo membro do batalhão policial nazista, feito em 1961:

*“gostaria de dizer também que não me ocorria absolutamente que aquelas ordens pudessem ser injustas. Claro que sei também ser dever da polícia proteger os inocentes, mas, na época, estava convencido de que os judeus não eram inocentes, e sim culpados. Acreditava na propaganda segundo a qual todos os judeus eram criminosos e subumanos”; “por isso, nem me passava pela cabeça a ideia de que alguém pudesse desobedecer ou deixar de cumprir a ordem de participar do extermínio dos judeus”*²³⁸

Em todos os meios em que se manifesta, seguramente, no campo das injustiças, oferece maior perigo, porque acaba por educar toda uma ou mais gerações, dentro

²³⁷ René Girard. A VIOLÊNCIA E O SAGRADO, **op. cit.**, p. 109;

²³⁸ Citado por Daniel Jonah Goldhagen, OS CARRASCOS VOLUNTÁRIOS DE HITLER: o povo alemão e o holocausto, **op. cit.**, p. 193;

de uma incapacidade de ação conjunta. Nesse campo, as injustiças são tantas, atribuídas a tantos fatores, que se tornam comuns. Por exemplo, quando alguém diz que não compensa ajuizar uma ação para obter o reconhecimento de um direito, significa que houve tal banalização da injustiça, que o direito já não tem sentido algum. E mais, que o poder judiciário nada significa, não tem participação na sociedade e, para logo, extinto ou não, fará pouca ou nenhuma diferença.

De outra maneira, quando alguém diz que a justiça de Deus é mais eficaz que a dos homens, sem que se desmereça a justiça de Deus, esta afirmação significa que não há confiança naquela que os homens podem fazer. Enfim, quando se afirma ou se age, no sentido de descrédito da justiça que o homem possa realizar, e que os direitos não serão reconhecidos, é na verdade, sinal de que todo o sistema desmoronou. E desmoronando a estrutura, neste caso, do judiciário, para logo as pessoas estarão fazendo justiça com as próprias mãos, ou sentindo que podem avançar contra o direito do próximo, uma vez que não terão que responder por nada. Eis uma situação nevrálgica, que determina a derrocada de qualquer plano comunitário. Porque no plano comunitário é mister que seus participantes estejam certos não apenas dos direitos, mas de que eles serão

respeitados. Além disso, devem estar certos de que não podem avançar sobre o direito do próximo, pois, se puderem, a comunidade não será mais comunidade, mas lugar de injustiça. A Torá, novamente serve de guia aqui, tendo em vista que se pretendia fosse a “Constituição” da Terra Prometida: *“não cometeis injustiças no juízo, nem na vara, nem no peso, nem na medida. Balanças justas, pedras justas, efa justa, e justo himtereis”*²³⁹

3.3.1 Banalização da injustiça e formação

Considerando-se a afirmação aristotélica, segundo a qual o homem é um animal mimético, que desde a sua infância, imita, sendo essa a forma primeira de conhecimento,²⁴⁰ e por isso mesmo, a forma pela qual se comunica com o mundo, é fácil compreender que em determinado meio social, toda a mentalidade, sobretudo a dos mais jovens, se forme consoante os seus contornos.

Na verdade, parece que a justiça é mesmo um fruto da insistência, haja vista ser mais fácil praticar injustiças. Assim, se alguém vive em um meio no qual a injustiça não causa nenhum espanto e, banalizada, não desperta ninguém para qualquer tipo de resistência, é certo que seja o parâmetro para

²³⁹ Levítico 19: 35-36. **Efa**: certa unidade de medida para secos; **him**: medida para líquidos, de 6 litros;

²⁴⁰ Aristóteles. OBRAS, 2ª ed. Tr. de Francisco de P. Saramanch. Madrid: Aguilar, 1977, p. 79;

mimesis. Já foi lembrado neste estudo o texto de Augusto dos Anjos: *o homem acostumado a viver entre feras sente necessidade de, também, ser fera*. E desta forma, a injustiça passa a ser a regra e, muito mais que regra, passa a ser a formação das pessoas. Qualquer coisa que se faça, será considerada como normal, não recebendo a desaprovação dos outros. A frase é: todo mundo faz. Porém, sendo a injustiça uma contrariedade, em relação ao espaço da *polis*, pois esta é o lugar onde a justiça acontece, sua formação é algo às avessas. Ela não forma, ela deforma, criando o que Brecht chamou de *analfabeto político*, aquele mesmo, que nada percebe, entretanto, colabora para a não realização da comunidade, ou seja, colabora para a realização das injustiças:

*O pior analfabeto é o analfabeto político. Ele não ouve, não fala, nem participa dos acontecimentos políticos. Ele não sabe que o custo de vida, o preço do feijão, do peixe, da farinha, do aluguel, do sapato e do remédio, dependem das decisões políticas. O analfabeto político é tão burro que se orgulha e estufa o peito, dizendo que odeia a política. Não sabe o imbecil que da sua ignorância política nasce a prostituta, o menor abandonado, e o pior de todos os bandidos, que é o político vigarista, pilantra, o corrupto, e lacaio dos exploradores do povo.*²⁴¹

Este texto de Brecht indica a relação

entre ignorância e injustiça. Nada pode ser tão terrível que uma deformação do caráter político, porque é a deformação do caráter da própria *polis*. O processo, que é de início mimético, torna-se substancial, levando, não a uma cegueira simples, mas a uma deformação da realidade. Aliás, deformação da realidade, é a definição para o vício de consentimento, chamado *erro*, no Direito Civil.²⁴² Assim como em relação aos atos jurídicos, o erro passa a ser fundamental para a realização de feitos quaisquer. Na verdade, o agente não quer, considerada a sua intenção, isto é, a sua vontade real, mas pratica o ato que, em termos civis, considerados alguns pressupostos, poderá ser desfeito. Na esfera comunitária, o desvirtuamento pode ser irreparável, porque o dinamismo das relações políticas é algo estonteante. A banalização das injustiças leva, por conseguinte, a uma formação injusta, deformada. E os parâmetros para o relacionamento de qualquer natureza, passam, desde então, a ser os da injustiça. Neste caso, não se pode falar mais de consciência, apenas de analfabetismo político. Quanto maiores as injustiças e mais numerosas, mais pessoas são levadas a moldar suas vidas em tais condutas, porque a multiplicação da injustiça, e sua consequente banalização, acabam por determinar que tais atos ou condutas sejam permitidos, lícitos.

²⁴¹ Bertolt Brecht, O Analfabeto Político, in Gilberto Cotrim. FUNDAMENTOS DA

FILOSOFIA. 13ª edição. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 249;

²⁴² Artigo 87, C.C./16, atual 138, CC/02;

Assim, feita a troca de valores entre justiça e injustiça, a suposta comunidade se forma, ou segue, com um vírus, com um germe da sua própria morte.

3.3.2 Emudecimento do judiciário

Outro ponto terrível no processo de banalização da injustiça é o pressentimento de que o poder judiciário não está presente. Certamente, ele não está presente, e muitas são as justificativas. Mas, o fato em si, leva àquela impressão, que deve ser removida, que não haverá ninguém que determine, indique, declare ou reconheça o direito. E o sentimento aqui, agora, é de abandono ou de desconfiança.

O que se espera do judiciário? Como já foi dito, que diga o Direito. Pois bem, *o dizer o direito* não pode ser um dizer em qualquer tempo, aleatoriamente. O direito deve ser *dito* no momento em que seu titular apenas sente a ameaça. Normalmente quando o judiciário diz, com trânsito em julgado, já não faz mais efeito quanto ao direito que representa a justiça, porém, ao contrário, sim. Fortalece a crença de que a sociedade é um campo de incertezas, de insegurança, enfim, de injustiça e, por isso mesmo, é um elemento na banalização das injustiças. É vergonhoso, entretanto, é uma realidade, a de que as pessoas quase zombam diante da possibilidade de alguém buscar o reconhecimento de algum direito no judiciário. Quando isso ocorre, considerando

esta desconfiança em relação ao judiciário, as pessoas ficam meio que, inicialmente, confusas, e depois, céticas, inibindo-se e fechando-se em suas próprias frustrações.

Na verdade, o que ocorre é que esta inibição não significa esgotamento de ânimo pessoal, apenas esgotamento em relação ao judiciário, sobretudo se ele for identificado com os chamados *poderosos*. O resultado é que as pessoas acabam por cortar caminho, abrem um atalho terrível nas relações sociais, e saem em busca da justiça própria, porque acreditam que podem fazê-la ou realizá-la sós. Claro que este caminho é o mesmo caminho que leva o homem a um estágio de violência original. E, também isso, é uma espécie de autodestruição da comunidade de direito.

3.3.3 impunidade dos poderosos

Aí estão dois monstros que, ligados àquela ideia de formação, determinam de pronto a morte da *polis*. Primeiramente, a ideia de que possa haver poderosos, por si só, é uma violência contra a comunidade de direito. Posto que, em se tratando de comunidade, não tem sentido algum que exista alguém *poderoso*. Se alguém é poderoso, o é sobre todos, portanto, a justiça será aquela determinada pelo mais forte, já

contestada por Platão.²⁴³ A ideia em si deve ser rejeitada de início. A rejeição aqui não significa a descrença nos poderosos, mas a uma resistência em sua atuação no meio social. Porém quando se percebe que os poderosos gozam de algum privilégio diante do judiciário, ou pelo menos, em relação à resposta que o judiciário possa dar às suas ações, fortalece-se, monstruosamente, a impressão de que o mundo, e não somente a comunidade, pertence a eles. E isto, certamente, corresponde ao emudecimento do judiciário em relação ao direito de muitos e, da mesma forma, ao seu emudecimento em relação às injustiças de outros. Esta impressão se dá, de certa forma, porque falta ao judiciário aquele elemento que o identifique com a *polis*. Falta um judiciário politizado.²⁴⁴ Porque, de alguma forma, ele representa o *dizer* de justiça requerido pelo povo. Como em relação aos profetas hebreus, espera-se do judiciário um *dàbhàr*, substancial e efetivo.

A falta deste caráter elementar, ou seja, da politização, dá ao povo não apenas a impressão, mas a certeza de que não podem dizer absolutamente nada. Esta situação é agravada em muitas vezes, quando se trata de um emudecimento diante das injustiças praticadas pelos poderosos. Faz pleno sentido

o texto social “*No Caminho, com Maiakóvski*”²⁴⁵, em relação ao emudecimento do judiciário, por não dizer a injustiça dos poderosos que, sempre (ou quase sempre) vêm identificados com os opressores:

(...)
*Na primeira noite eles se aproximam
E colhem uma flor do nosso jardim,
E não dizemos nada.
Na Segunda noite já não se escondem:
Pisam as flores, matam nosso cão,
e não dizemos nada.
Até que um dia, o mais frágil deles,
Entra sozinho em nossa casa,
Rouba-nos a lua e, conhecendo o
nosso medo,
Arranca-nos a voz da garganta.
E porque não dissemos nada,
Já não podemos dizer nada*²⁴⁶
(...)

4 Os primeiros passos rumo à comunidade de direito ou pressupostos para o diálogo

Se o amor é mesmo uma responsabilidade de um eu para um tu, implica numa firmeza de propósito, e no reconhecimento deste mesmo tu como sujeito de um diálogo, portanto, como alguém em igualdade de condições para dialogar. Óbvio que não se trata de uma cruel e inútil igualdade perante a lei (apenas), mas de uma igualdade efetiva de direitos, a que os gregos chamavam de *isonomia*, e de uma igualdade

²⁴³ Platone. LA REPUBBLICA, **op. cit.**, capo I;

²⁴⁴ A politização é defendida pelo Prof. Dalmo de Abreu Dallari, conforme se depreende de seu curso aos alunos da pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo;

²⁴⁵ A autoria do poema foi erroneamente atribuída a Vladimir Maiakovski. O poeta

Eduardo Alves da Costa garantiu que Maiakovski nada tem a ver com o poema, na Folha de São Paulo, edição de 20.9.2003;

²⁴⁶ Eduardo Alves da Costa. Os Cem Melhores Poetas Brasileiros do Século', organizado por José Nêumane Pinto, pag. 218;

no poder, isto é, *isocracia*.²⁴⁷ E neste sentido deve ser entendida a expressão *cidadão*, como sendo aquele que por força da igualdade de fato e de direito possa participar das decisões de comando,²⁴⁸ em todas as esferas da *polis*. Até porque a *polis*, que poderia ser a representação maior da tábua sacrificial, agora é a representação da mesa dialógica. A *isonomia* foi para os gregos um sinônimo de *democracia*, fundamento da *polis* que desperta como força política, como um sinal de fadiga e de desejo de paz.²⁴⁹ Não uma democracia que, naquele momento histórico grego, pode significar uma espécie de aristocracia alargada, mas no sentido gandhiano, segundo o qual é o regime em que o mais fraco tem as mesmas oportunidades do mais forte, não apenas como um acordo formal ou uma coisa mecânica, mas com mudança de coração.²⁵⁰ Isto é, ensina Mário Quintana, democracia como sendo o mesmo ponto de partida para todos: “*democracia? é dar a todos o mesmo ponto de partida*”²⁵¹

4.1 Justiça social

A justiça social está relacionada a esta ideia de *polis*, que vence a violência, a

maldição da injustiça, e atende à bênção da justiça, pois nela o elemento humano aparece diferenciando-se dos animais que se devoram, exatamente porque possuem o *direito* e desta forma não devem utilizar os meios da natureza, exemplificados por Hesíodo, no embate entre o falcão e o rouxinol, isto é, a justiça do mais forte sobre o mais fraco.²⁵²

Daí a ideia de direito como luta pela igualdade, Dikè, como centro da vida humana, plataforma da vida pública, perante a qual são considerados iguais grandes e pequenos, porém com a natureza divina (filha de Zeus), e por isso mesmo centro da *polis*, a cidade melhor, justa, à qual, neste sentido, todos deveriam se submeter.²⁵³ Pois, considerada a *polis* como este centro, em que se percebe o anseio da paz, pela justiça, não poderá haver nela a permanência de quaisquer opressões. A ideia de lugar onde a justiça acontece não pode e não está desvinculada da ideia de liberdade, libertação da opressão, seja da tirania, seja da oligarquia. A *polis* representa o encontro entre Themis e Dikè, entre a lei constitucional e o direito de cada cidadão, entre a validade do direito e o cumprimento da justiça, conforme ensina

²⁴⁷ Maria Helena da Rocha Pereira. ESTUDOS DE HISTÓRIA DA CULTURA CLÁSSICA, **op. cit.**, p. 148;

²⁴⁸ Aristóteles, Política, Lib. III, Cap. I, 1275 a, OBRAS, **op. cit.**, p. 1452;

²⁴⁹ Maria Helena da Rocha Pereira. ESTUDOS DE HISTÓRIA DA CULTURA CLÁSSICA, **op. cit.**, p. 156 e 157;

²⁵⁰ Gandhi. AS PALAVRAS DE GANDHI, **op. cit.**, p. 29;

²⁵¹ Mario Quintana. PROSA & VERSO. 6ª ed. São Paulo: Editora Globo, 1996, p. 84;

²⁵² Werner Jaeger. PAIDEIA: a formação do homem grego. Tradução de Artur M. Parreira. São Paulo: Martins Fontes, 1979, p. 89;

²⁵³ Werner Jaeger. PAIDEIA: a formação do homem grego, **op. cit.**, pp. 90, 124, 126, 127;

Jaeger.²⁵⁴ E, portanto, não o lugar onde a justiça individual acontece, mas, antes, o lugar onde a justiça social acontece. E, dessa forma, se pode compreender melhor, o que Heráclito afirma: “o povo deve lutar pela lei em processo, como pelas muralhas”²⁵⁵

Com singularidade e simplicidade, Gandhi traça os contornos daquilo que pode ser chamada de justiça social:

“[...] e quando surgisse esse dia feliz, não haveria diferença entre capital e trabalho. Os que trabalham terão alimentos em abundância, habitações sólidas e com boas condições sanitárias, toda a instrução necessária para seus filhos, amplo lazer para aprenderem o que precisarem e assistência médica apropriada”²⁵⁶

4.1.1 A educação: *condictio sine qua non*

Como se depreende, a *polis* é, antes de tudo, no campo prático, o meio pelo qual o homem pode formar-se, como ser político, vale dizer, como agente político, que percebe o seu próximo na condição de igual. Ou, no dizer de Buber, como seu necessariamente *tu*. A direção projetada, a partir de tais afirmações, é a de que a *polis* tem uma função intrínseca que é, a um só tempo, o motivo da sua existência e o seu fogo alimentador: a *educação*. Claro, não educação para preparar

o homem para servir à comunidade ou mesmo para desenvolver-se individualmente o que seria, de qualquer forma, uma educação dirigida, seja para o coletivismo seja para o individualismo, com tudo o que de perverso possa advir desta ou daquela situação. O melhor exemplo pode estar no conceito de *partitura*, cuja organização não faz perder nenhum dos valores ali expressos. Cada nota vale por si, identifica-se por si, porém, diante de tantas outras e, juntas pela habilidosa mão da virtude poética, formam o que de melhor a humanidade criou para si: a música.

A *polis* é este abrigo, no qual o homem pode desenvolver sua potencialidade e atualizá-la diante do seu semelhante. E a este desenvolvimento das potencialidades *humanas* é que se pode chamar de *educação*. Objetivamente, todos os recursos e esforços devem ser somados, a fim de serem colocados à disposição do homem. Talvez, por isso mesmo, muitos confundem educação com escola. Mas, é certo que a escola, nada mais seja do que um dos muitos recursos necessários para se chegar à educação. Por enquanto, a escola não tem uma função comunitária, porque a organização estatal não tem um espírito comunitário. A escola que hoje existe é uma expressão do Estado que hoje se impõe. Não

²⁵⁴ Werner Jaeger. PAIDEIA: a formação do homem grego **op. cit.**, p. 129;

²⁵⁵ Heráclito de Éfeso. FRAGMENTOS. Edição bilíngue com tradução, introdução e notas de

Emmanuel Carneiro Leão. RJ: Tempo Brasileiro, 1980 (Fragmento 44), p. 75;

²⁵⁶ Gandhi. AS PALAVRAS DE GANDHI, **op. cit.**, p. 33;

é um lugar de paz, mas de guerra. A mentalidade de que alguém deva ser reconhecido pela suposta *sociedade*, criou e cria, a cada instante, uma estrutura escolar que, cada vez mais, se distancia do ideal de educação. E vale aqui para *escola*, qualquer lugar de qualquer nível, desde os primeiros níveis até os universitários. Isso ocorre pelos mesmos motivos já desenvolvidos na primeira parte deste estudo. Por falta de uma relação de amor, as pessoas se perderam no desejo mimético e, finalmente, transformaram tudo e todos em coisa, coisificaram.

Não é sem razão que, geralmente, as “formaturas” se caracterizam pela entrega de “canudos” vazios de sentido e cheios de confetes. É a primeira demonstração de que não há *polis*. E não havendo, no sentido de comunidade, não há substância. Vale dizer, não houve desenvolvimento das potencialidades humanas. Quaisquer potencialidades humanas aqui, que possam ser atualizadas, não estão relacionadas a um avanço tecnológico em si, mas a todo e qualquer conhecimento que coloque o homem face a face com o homem, para que se responda a pergunta formulada por Fromm: *onde estamos agora e para onde nos dirigimos?*²⁵⁷ A resposta que esta pergunta exige só poderá ser dada, no momento da decisão, por uma sociedade de estranhos, o

que é possível, porém com violência de princípios, ou uma comunidade de direito, evolução natural da ideia da *polis* grega.

4.1.2 A redistribuição das riquezas

Neste caso, qualquer que seja o caminho, o da sociedade de estranhos, ligadas pelo contrato social; ou o da comunidade de direito entre pessoas irmanadas pelo amor, não importa. A redistribuição de riquezas é óbvia. Se no contrato, como finalidade; se na comunidade como meio. Não se pode imaginar um contrato, pelo qual um dos sócios, assume o prejuízo e o outro (ou os outros) o lucro. Não se pode sequer cogitar de comunidade sem que neste conceito esteja o da comunidade de bens.

Por isso mesmo, o contrato, seja ele qual for, pode ser colocado para debate no judiciário, a fim de que, pelo princípio do *rebus sic stantibus*, seja sempre reconduzido à sua realidade e justiça de formação. Da mesma forma, qualquer que seja a comunidade, grega ou judaico-cristã, a comunidade de bens é fator essencial, substancial e, por isso mesmo, colocada de início. Aliás, não deveria causar qualquer admiração ou surpresa, porque, nas relações contratuais, este aspecto é fundamental, é o orientador do contrato, cuja finalidade é mesmo utilitarista. A sociedade que aí está é

²⁵⁷ Erich Fromm. A REVOLUÇÃO DA ESPERANÇA: por uma tecnologia humanizada.

Tradução de Edmond Jorge, Rio de Janeiro: Zahar, 1969, p. 42-62;

de caráter contratual, por isso mesmo, toda cobrança dos seus sócios passa a ser legítima, ainda que de forma violenta. Exatamente porque a própria violação do contrato, no sentido de seu descumprimento, é por si mesma violenta. Em determinado muro, dentro da Universidade Estadual de Campinas, há uma pichação cujo teor é o seguinte: “*enquanto não houver justiça para os pobres, não haverá paz para os ricos*”

Do ponto de vista contratual esta frase está corretíssima, simplesmente porque demonstra a cobrança de um dos contratantes. Em outras palavras, quer dizer: *cumpra o contrato!* Ou, como preferem os contratualistas: *pacta sunt servanda*. No sentido de organização política contratual, a redistribuição de riquezas é uma finalidade, a que se pretende chegar. Na organização política comunitária é um *pressuposto*, isto é, uma realidade intrínseca, embora não seja finalística.

Dessa forma, ao se falar em relações dialógicas ou em comunidade de direito (*polis = Themis e Diké*), não há como não falar de políticas efetivas na área industrial e comercial, com propósitos sociais, que culminem na relação de trabalho como, também, não há como não falar, de políticas efetivas na área agrícola que, por sua vez, culminem na reforma agrária. Isto significa dizer que a organização como um todo,

aquela que se pode chamar de organização econômica, deve estar voltada, não para uma imposição do mercado coisificado, mas para a manutenção do homem, neste caso a paz comercial, naquele; a guerra comercial. Neste determinado sentido, Gandhi, dentro de sua visão humanista, denunciou:

*“a economia que ignora as considerações morais e sentimentais é como figuras de cera, que podem ser parecidas com a vida, mas carecem da vida genuína da carne viva. Em todos os momentos cruciais, essas novas leis econômicas fracassaram na prática. E as nações ou indivíduos que as aceitam como máximas de orientação devem perecer”*²⁵⁸

A partir da consideração deste aspecto, é possível afirmar que o bem estar de todos pode ser uma conquista da paz social. Por isso mesmo, *reinventar* a reforma agrária, por exemplo, tendo como centro a dignidade da pessoa humana e menos o patrimonialismo é, em outras palavras, dizer que foi dado um passo em direção da comunidade. Talvez, aquela simplicidade inteligente, reclamada por Gandhi, seja a resposta, ou uma das respostas para o equilíbrio socioeconômico que se pretende construir. Pois não é ainda hoje verdade, em face da globalização, aquela verdade que ele denunciou faz cinquenta anos, em face do imperialismo inglês?

²⁵⁸ Gandhi. AS PALAVRAS DE GANDHI, **op. cit.**, p. 30, 31;

“para serem bem usadas, as máquinas têm de ajudar e atenuar o esforço humano. O uso atual das máquinas tende mais e mais a concentrar a riqueza nas mãos de uns poucos, em total menosprezo a milhões de homens e mulheres, cujo pão lhes é arrebatado da boca”²⁵⁹

4.1.3 A redistribuição da saúde

Como foi dito, a comunidade de direito encerra em si pressupostos, como a educação, os bens materiais e, agora, com o mesmo peso substancial, a saúde. Uma das aflições humanas mais contundentes diz respeito à morte, mas não é tão terrível quanto à doença, que implica todo um envolvimento e desgaste social. Mas saúde não significa, apenas, cuidar de doentes. Seu mérito está na medicina preventiva, aquela que realmente pode dar um parâmetro de saúde pública. Consiste em um elemento caracterizador da comunidade, porque, guiada por um sentido e por um espírito humanos, fundamenta-se na garantia de cuidados prévios, como por exemplo, o pré-natal e o acompanhamento de crianças, sobretudo as recém-nascidas. Vários grupos, principalmente em regiões

carentes do nordeste brasileiro, que investiram na medicina preventiva, obtiveram êxito direto. Além do êxito direto, isto é, no que respeita à própria saúde do povo, obtiveram, também, êxito no que concerne à esfera política, resgatando pessoas ao nível da cidadania. Vale dizer, pessoas que se sentem participantes da vida comunitária.

Existem outras experiências bem-sucedidas na área da saúde. Por exemplo, o município de Diadema, na região do Grande ABC, Estado de São Paulo, era o caso típico de uma população carente de saúde, entregue ao descaso e sem nenhuma esperança. Depois de algumas movimentações de governos populares, acentuadamente socialistas, o quadro reverteu-se. As experiências bem-sucedidas também ocorreram nos municípios de Santo André e São Bernardo do Campo. No exterior, a comunidade internacional reconhece a eficaz estrutura médico-hospitalar existente em Cuba. Hoje, aqueles municípios, bem como a sociedade de Cuba, orgulham-se da saúde de que dispõem.²⁶⁰ Parece não muito segredo em relação à saúde pública. É o resultado de uma atitude de amor

²⁵⁹ Gandhi. AS PALAVRAS DE GANDHI, **op. cit.**, p. 31;

²⁶⁰ Fiz, pessoalmente, uma pesquisa no município de Diadema, consistente em avaliar e comparar a situação na área de saúde, junto às pessoas do povo, servidores municipais e agentes do governo local. Acompanham esta pesquisa outros dados obtidos junto à população de Santo André e São Bernardo do Campo, na mesma região. Desgraçadamente, não foi o que ocorreu na Cidade de São Paulo, nos últimos anos; Os municípios de Diadema, Santo André e São

Bernardo do Campo, tiveram, nestes últimos anos, governos populares e socialistas, enquanto que, São Paulo, como é sabido, teve governos sem nenhum compromisso popular, marcados por denúncias e processos de corrupção. Independentemente das preferências políticas, os fatos são incontestáveis. A diferença fundamental é que a cidade de São Paulo transformou sua estrutura médico-hospitalar em instrumento mercantil e coisificado, enquanto aqueles municípios procuraram resgatar um pouco da dignidade humana.

pelo próximo, sobremodo amor e obrigação por parte dos governantes cuja intenção política seja, no mínimo, honesta. Na saúde, claramente, manifesta-se aquele amor como responsabilidade de um eu por um tu.²⁶¹ Empédocles, que era médico, percebeu esta necessidade no meio do povo:

*“sempre que entro nas cidades prósperas com estes meus seguidores, tanto homens como mulheres, sou venerado; eles seguem-me em número incontável, perguntando onde fica o caminho da prosperidade, alguns buscando oráculos, enquanto outros, desde há muito apunhalados por dores insuportáveis, pedem para ouvir a palavra que cura toda espécie de doenças”*²⁶²

Curioso que o fato de uma cidade ser próspera, como aquelas que visitou, não era pressuposto para saúde, como é o caso da Cidade de São Paulo, provando que a questão da saúde não está tão intimamente ligada ao desenvolvimento econômico, mas a uma atitude de amor, quiçá, *satyagraha*.

4.1.4 *Domus*

Foi dito que a *polis* é o lugar onde a

justiça acontece. Se for o *lugar* é um espaço físico. Nesse sentido, lembra Rocha Pereira que este fenômeno, ou seja, a *polis*, exigiu um determinado espaço físico para abrigar a ágora, o fogo sagrado, os templos, as repartições públicas.²⁶³ Ela não pode ser senão a extensão da pessoa. E como não se pode conceber que a *polis* esteja cada mês em um determinado lugar no mundo, igualmente, não se pode conceber que a pessoa humana esteja durante a sua vida como transeunte na *polis*. E aí está, portanto, o conceito de casa. Não como um lugar qualquer que alguém habite, mas no sentido romano, isto é, *domus*, lugar em que se fixe uma pessoa, o centro de suas relações. Por isso não estranha que é desta palavra se forma o instituto de *domicilio*, a residência com ânimo *definitivo*. É o único lugar onde se pode acender o fogo sagrado, do culto doméstico grego ou romano, conforme relata Fustel de Coulanges:

*“toda casa do grego ou a do romano possuía um altar; neste altar devia haver sempre restos de cinza e brasas. Era obrigação sagrada do dono da casa conservar o fogo dia e noite. Desgraçada casa aquela onde o fogo se extinguisse!”*²⁶⁴

²⁶¹ Um antigo filme, “O Quarto Sábio”, estrelado por Martin Sheen, é a história de um médico que consegue desenvolver este amor no meio de um grupo de anátemas com lepra e outras doenças. Inicialmente, uma medicina curativa e depois uma medicina preventiva, seguidas de uma renovação da autoestima e da unidade do grupo, convertido em comunidade produtiva;

²⁶² Empédocles. Fragmento 112, in KIRK, G. S. & RAVEN J. E.. OS FILÓSOFOS PRÉ-

SOCRÁTICOS. trad. port. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1979, p. 367;

²⁶³ Maria Helena da Rocha Pereira. ESTUDOS DE HISTÓRIA DA CULTURA CLÁSSICA, **op. cit.**, p. 158;

²⁶⁴ Fustel de Coulanges, A CIDADE ANTIGA: estudo sobre o culto, o direito e instituições da Grécia e de Roma. Trad. port. 7ª ed. Liv. Clássica Editora, 1950, 2 v. Vol. I, p. 29;

O relato acima tem uma singularidade educativa. A de que sem um lugar determinado e “perpétuo”, a família desagrega. É o lugar onde primeiramente alguém se forma e se constrói, para depois sair pelo mundo, construindo o mundo. É o lugar onde a pessoa recebe os artísticos golpes de si mesmo, num processo de desenvolvimento. Onde, primeiramente, presta culto a si mesmo. É de Vinícius de Moraes, novamente a poesia: “*não sabia, por exemplo, que a casa de um homem é um templo, um templo sem religião*”²⁶⁵

Em determinada aula ministrada a alunos de pós-graduação da PUC/SP, o Prof. Ênio Brito, afirmou, quando expunha seu estudo sobre o projeto português para o Brasil, que a pessoa que sabe onde está sabe aonde ir.²⁶⁶ O *domus*, pois é este lugar, onde alguém encontra o necessário para desenvolver-se e depois, projetar-se no mundo, discutindo a criação de escolas, a representação política e tantos outros assuntos da comunidade. É sabido que os que moram de aluguel, por exemplo, em um prédio de apartamentos, geralmente, sequer são conhecidos dos seus vizinhos, não frequentam as reuniões de condomínio porque são, na verdade, estranhos.

É igualmente conhecido que as pessoas que moram de aluguel, e por isso

mesmo, devem mudar-se de quando em quando, sequer participam das reuniões na escola de seus filhos, porque se sentem normalmente indo, compelidos pela força do contrato de aluguel a mudar sempre, nunca criando raízes. O já citado Osman Lins, para construir o retábulo humano, colocou a casa como segundo passo, segundo mistério. E lembra que a casa, com árvores e sóis, é o primeiro desenho feito por uma criança, o lugar onde ficam a mesa, a cama e o fogão, que resguarda o homem de se dissolver na vastidão da Terra. E diz mais: “*um agrupamento de casas faz uma cidade, um marco, um ponto fixo, um aqui, de onde partem caminhos, para onde convergem estradas e ambições, que estaciona ou cresce*”²⁶⁷ Afinal, não é tão mistério assim, os povos antigos, civilizados ou não, cuidavam para que cada membro da comunidade tivesse seu *domus*, o lugar da sua privacidade. E quando não houver mais necessidade de empurrar as pessoas de um canto para outro, com o claro objetivo de não permitir que se criem raízes, então um homem terá a oportunidade de desenvolver num lugar, de conhecer os membros da comunidade, de desenvolver, por isso mesmo, o espírito de cidadania e, como é de se esperar, ajudar na construção da sua comunidade. Porque nesse dia não se sentirá, e não será mais, um

²⁶⁵ Vinícius de Moraes, operário em construção, in ANTOLOGIA POÉTICA. 20ª ed., Rio de Janeiro: José Olympio, 1981, p. 205;

²⁶⁶ Prof. Ênio Brito, da PUC/SP, em aula no ano de 1997, para alunos de pós-graduação;

²⁶⁷ Osman Lins, **op. cit.**, p. 154;

maldito, um anátema. Poderá congrega com outros na ágora para que se discutam as questões mais relevantes da *polis*.

5 A construção de um direito humanista: a retomada

5.1 A primeira face: *Themis*

Lembra Jaeger, em sua *Paideia*, que a noção de *Themis* aparece na obra homérica, para apresentar o estado de coisas mais antigo, talvez antes das lutas entre os nobres e os cidadãos livres.²⁶⁸ *Themis* tem algo a ver com autoridade do direito e, etimologicamente significa *lei*, escrita e válida para todos. Os povos a recebiam como lei autoritária. Não é novidade a lei escrita, pois vários povos, há séculos, tiveram suas leis escritas, por exemplo, na Babilônia antiga, o Código de Hamurabi, com um caráter unificador; entre os israelitas saídos da escravidão egípcia, o Decálogo e as outras leis acessórias da Torá.

Realmente, a ideia de uma lei escrita traz uma determinada segurança, porque é a referência para todos os membros da sociedade. Porém não significa que seja justa. É preciso avaliar e considerar quais as fontes de uma lei escrita, quais os motivadores, quais os costumes que a inspiraram. Porque a sociedade está num processo dinâmico, às vezes, de ajuste e, às vezes, de reajuste. O fato

de haver uma lei escrita não significa que haja *direito*. Entretanto, se uma lei é escrita a partir de princípios sólidos, por exemplo, o princípio comunitário, estará servindo à causa da justiça, e permitirá uma referência constante, como uma bússola. Porém para que isto ocorra é necessário que todos, uma vez colocados à mesa dialógica, estabeleçam quais serão as regras, qual será o norte. É um trabalho difícil, se se tiver em conta uma sociedade pluralista, mas não impossível.

A lei escrita deve ser o conteúdo dos princípios que se pretendam para uma organização comunitária. O Brasil tem experimentado uma variação de leis, sobretudo, a partir da Independência, porque não teve um caráter comunitário, vale dizer, não se pensou comunitariamente. De início, uma Constituição imposta pela coroa “lusobrasileira”, em tempo em que se discriminava a mulher e se praticava a escravidão. Aquela Constituição não deu conta, sequer, dos conflitos entre “cidadãos” livres. Isto é, não foi o resultado de um diálogo, ainda que parcial. Se tivesse sido, também, teria entrado em contradição. Outro exemplo de lei escrita é o Código Civil de 1916, e, igualmente, nada tendo do produto de um diálogo social. Bastam dois exemplos: o da mulher e o da propriedade, esta, assegurada aos efetivamente proprietários; aquela, submissa ao homem, a quem deve considerar como

²⁶⁸ Werner Jaeger, *op. cit.*, p. 124;

chefe da família.

O erro na elaboração de quaisquer leis escritas consiste na sua concepção de comunicação retilínea, ou, em outras palavras, na desconsideração da sociedade multifacetada. É, por exemplo, o erro que se comete presentemente com a tentativa e insistência da aprovação do Projeto do Novo Código Civil. Além de não ser o fruto de um diálogo social, do qual deveria sair qualquer Código Civil, é o produto de uma elaboração, em que pese os membros coordenadores, de um tempo tão passado quanto turbulento. Por exemplo, enquanto o mundo avança em relação à união civil dos homossexuais, o legislador brasileiro, fugindo ao debate, insiste em aprovar o antigo projeto. Possivelmente, isso ocorre dada à falta de norte, de referência futura para o Brasil. Não se sabe, com exatidão, se o Brasil é mesmo o quintal do mundo, como o denunciara Nelson Rodrigues, ou se é um grande acampamento ou, ainda, um grande presídio, como o desejaram os lusitanos.

A Constituição de 88, por sua vez, avançou no sentido de dar um caráter mais humanista, mas perdeu-se na variedade e na quantidade. Para o efeito educativo e referencial do povo é terrível e cansativa, haja vista que quaisquer princípios que ali se encontrem estão perdidos aos olhos do povo entre tantas disposições. Além disso, há um abismo sem ponte, entre o que se pode identificar na Constituição de 88 e a realidade

social. Possivelmente isso ocorre porque, por tantos motivos, o brasileiro não é exatamente um crente no direito. Falta ao sistema brasileiro, enquanto *Themis*, o mistério da partitura musical, em que tudo está ordenado hierarquicamente. Não é uma Constituição ditatorial, é bastante democrática, porém uma democracia que não se faz sentir, que não se faz ouvir e que, grosso modo, não está em harmonia com o restante do aparato legal, ou vice-versa. Quando se toca algo fica dissonante, equivocado. Lembra um pouco o texto de Shakespeare:

“quando a hierarquia é abalada, que serve de escada para todos os altos propósitos, vê-se padecer o empreendimento humano. Como as comunidades, os graus nas escolas, as fraternidades nas cidades, o tráfico pacífico das margens separadas, os direitos de primogenitura e de nascença, as prerrogativas da idade, as coroas, os cetros, os lauréis conservariam seus títulos autênticos sem a hierarquia? Suprimi a hierarquia, desafinai somente esta corda e escutai que dissonância! Todos os seres se chocam numa luta aberta. As águas, há pouco contidas, enchem os seios acima das margens e inuncam este globo sólido. A violência domina a fraqueza e o filho brutal bate no pai até matá-lo. A força se transforma em justiça; ou melhor, o justo e o injusto, adversários eternos, entre os quais tem assento a equidade, perdem os nomes, como a equidade

*perde o seu*²⁶⁹

Assim, a *Themis*, no Brasil, sequer pode ser questionada, posto que está escondida na dissonância, num jogo de claro/escuro. Ainda está por ser construída de fato, dependendo de uma tomada de consciência que vem, provavelmente, com a tomada de consciência de povo. Isto, não é bom nem mal, apenas uma realidade. O processo continua, o cansaço continua. Pode levar a um estado de descrença generalizada e perder, com isso, o controle sobre a violência, conforme o texto acima.

5.2. A segunda face: *Diké*

Lembra, igualmente, Jaeger, que a *Diké* nasce de uma reclamação universal, não mais na obra de Homero, mas na obra de Hesíodo, um camponês, contra as violações praticadas pelos juízes contra o direito. E daí se converte em grito de combate dos grupos oprimidos e que conheciam apenas a *Themis*. O apelo à *Diké* tornou-se de dia para dia mais frequente, mais apaixonado e mais premente.²⁷⁰ Enquanto a *Themis* significa “lei”, não há, para *Diké*, um significado preciso. Mas, esclarece Jaeger, que a palavra está relacionada ao judiciário, de quem efetivamente se cobra uma *voz de direito*.

Aparece, como já mencionado, sendo a plataforma de igualdade, isto é, de isonomia, entre as várias camadas da sociedade. E é, na concepção política, que esse ideal de justiça vai encontrar ressonância, porque a *polis* será, a partir de Hesíodo, a construção deste estado constante de justiça.

Não há como dissociar justiça e comunidade. O que ocorre, na verdade, como desvirtuamento é que *Themis* e *Diké* são colocadas em lados opostos, em tensão, por variados motivos, que não convém aqui elencar. Na lida jurídica, por vezes, a *Themis* passa a gozar de uma reputação que, sozinha, não tem. Assim, como a *Diké* pode, por vezes, gozar de alguma reputação que, igualmente, sozinha não teria. São faces da justiça. Faces de um mesmo rosto que aparece no espelho da *polis*. Por isso mesmo, se o judiciário não politizado, simplesmente aplica a “lei”, poderá estar praticando injustiça. Entretanto, o judiciário não é a peça que falta, é uma peça, melhor, é um órgão. A crítica que se faz ao judiciário é pelo fato de acreditar-se não participante da vida política.²⁷¹ As críticas que se fazem, são, no geral, bem formuladas, haja vista que o judiciário perdeu a capacidade de dizer o direito, de responder à reclamação de justiça, de boa e rápida justiça. Houve uma entrega ao

²⁶⁹ Tradução de Oscar Mendes in W. Shakespeare. OBRAS COMPLETAS. Vol. I, Rio: José Aguilar, 1969, p. 77, citado por René Girard. A VIOLÊNCIA E O SAGRADO, **op. cit.**, p.71;

²⁷⁰ Werner Jaeger. **Op. cit.**, p. 125;

²⁷¹ Especialmente críticas feitas, e bem formuladas, pelo Prof. Dalmo de Abreu Dallari, em suas aulas e palestras acerca do poder judiciário;

conforto da lei, escrita e acabada. O juiz passa a repetir o texto da lei. Criou-se um tipo de judiciário de caráter tecnicista, legalista e formal.

Percebe-se que a maioria dos membros do judiciário está bem preparada no texto legal, mas com pouco ou nenhuma formação, às vezes nem informação, em relação aos aspectos sociológicos, políticos, econômicos ou filosóficos. O que já é uma realidade, isto é, do sistema patrimonialista, fica ainda pior, quando de patrimonialista torna-se coisificado. O sistema passa a ser uma coisa que vale por si, e não pela sua finalidade ou função social. Sem que se perceba, o judiciário acaba fazendo o perigoso jogo dos duplos monstruosos, ou seja, negando a violência, acaba por fazer violência. E neste sentido retoma seu caráter de substituto sacrificial e o juiz de substituto do sacrificador. Sem que reconheça, toma para si o cutelo, o rito e a vítima sacrificial, e mantém a violência sobre seu controle, quando o ideal é fazer desaparecer a violência e não canalizá-la. Finalmente, não basta que o juiz seja juiz, conhecedor da lei. É preciso que seja juiz justo, a partir da soma das virtudes platônicas: fortaleza, sabedoria, justiça e prudência.²⁷² No contexto hebraico, o juiz legalista torna-se um sacerdote, um aplicador da lei, e afeiçoado ao poder central do rei; o juiz justo torna-se um profeta, que

ouve os reclamos do povo, de quem se aproxima e com quem convive.

Considerações finais

O estudo, como foi proposto, está agora encerrado. Pelo menos por agora. Ele permitiu uma investigação, propositadamente, a partir dos mais antigos mitos que, de certa forma, estruturam o pensamento social, até os reclamos de uma sociedade atual que se vê perdida entre o fenômeno da coisificação e a vontade, interior e humana, de liberdade, quiçá, libertação. Com base nos estudos antropológicos e históricos e no desenvolvimento de uma filosofia do diálogo, propõe-se a realização da justiça na *Polis*. A violência, uma vez tomada como base da sociedade, exige incessantemente, uma espécie de culto que não tem fim. Um culto que de crise em crise, busca sempre novas vítimas sacrificiais que substituam o homem, mas, que no fim é sempre o mesmo homem que está sendo morto indefinidamente. Apesar desta violência dissimulada, inclusive no sagrado, a busca de novas formas sacrificiais apontou para uma luz. Se, de um lado, a repetição dos sacrifícios pode parecer a manutenção da violência, o que de fato ocorre, de outro, expressa um pedido de socorro do homem. A cada golpe, a cada substituição sacrificial, o homem vem tentando dar o último golpe, o

²⁷² Jaeger, **op. cit.**, p. 129;

golpe decisivo na violência, a fim de inaugurar um tempo caracteristicamente de amor e de solidariedade.

Também, pode ficar claro que o homem, tendo uma conduta maléfica e violenta, não é, de todo mal. Possivelmente, não é originalmente mal. E tal afirmação parece encontrar o apoio de duas correntes: uma delas, a hebraica, que remete a criação do homem para *Deus*, que, depois da sua obra, considerou o homem não apenas bom, mas muito bom! A outra, a grega, nos fragmentos de Empédocles, apoiado por Aristóteles, que afirma que o reinado da discórdia que ora se conhece não é original, mas substituto de um primeiro reinado, o do amor. Isso leva, no mínimo, à posição de Buber, que o homem que é bom e que é, também, mau, pode desenvolver tanto um caminho como outro, dependendo de uma tomada de posição, isto é, o diálogo com o seu tu e com *Deus*. Porém foi, também, visto que a violência, a par da prática sacrificial inseriu-se numa espécie de desejo mimético, agravado pela inveja de um tempo em que se pratica uma religião coisificada, ao deus Mercado. E que, à semelhança do antigo deus *Moloch*, exige sacrifícios humanos.

E, não importando a forma como se manifesta, ou no meio em que se apresenta, a relação sacrificial exige continuamente a morte do homem. Não importa, como foi visto, que uma única tribo asteca num único dia sacrifique mais de vinte mil pessoas,

numa verdadeira carnificina, ou que os reis de Israel em determinado momento oferecessem seus próprios filhos à *Moloch*, ou que os romanos lançassem na arena homens, mulheres e crianças, para serem devorados pelas feras, ou que os gregos praticassem iguais sacrifícios, ou que as sociedades, ditas civilizadas, lancem ao fogo da miséria milhares de pessoas. Ou se o deus chama-se *Moloch* ou Mercado. Não importa, porque nada causa surpresa quando a relação é mesmo sacrificial. Se Martin Buber tem razão, isto é, se o homem é a um só tempo bom e mau, a primeira parte do estudo, demonstrou que desenvolveu, até o limite, o seu lado mau, maléfico. Todas as instituições, todas as relações, todos os estudos, até a própria criação da *polis*, da *urbs* e da *terra prometida*, respectivamente, grega, romana e hebraica, foi marcada, terrivelmente, pela relação sacrificial.

Em todo o percurso, o desejo mimético é constante. A primeira tensão entre Caim e Abel, que leva ao homicídio. O homicídio marca um novo tempo na vida humana e prolifera com todos os males a ele relacionados e culmina no grande sacrifício do dilúvio. A primeira discórdia foi o bastante para inaugurar um mundo violento, que se entrega à violência e cria deuses, que cobram a violência. Está claro que o desejo mimético é de tal forma uma constante, que foi sacado para ser a matéria prima de um mundo que vive de publicidade. Um “novo” mundo que

acabou por criar um novo deus, ao qual todos devem servir, exceto os amaldiçoados. Estes devem estar à margem, reservados, assim como acontecia com os prisioneiros e escravos astecas, para o culto sacrificial do novo deus Mercado.

Nada é novo num mundo sacrificial. Por isso mesmo o homem não encontrou seu lugar no universo. Ao contrário, o que era violência de um contra outro, agora é, tristemente, contra o mundo. E assim, demonstrou-se como todo empreendimento humano encontrou o fracasso, haja vista que, como afirma Empédocles, o homem confiou na discórdia. Dentro deste quadro, o direito ficou neutralizado, porque serviu como substituto sacrificial. Apesar de estar nele a luz para um novo caminho e para uma nova estruturação. Apesar de Ter sido desejado pelos gregos antigos, ser desenvolvido pelos romanos e chegar ao caráter divino entre os hebreus, não logrou êxito. Ao contrário, não tendo cumprido o seu papel de substituto sacrificial, perdeu, inclusive, o respeito de sagrado de que gozava o próprio sacrifício anterior. E, assim, lançou os homens, novamente, numa incerteza e numa roda de violência como, aliás, nunca vista. Como lembra Buber, pior que praticar sacrifícios é não praticar nenhum, efetivo e sagrado. Pois, pelo menos nos cerimoniais de sacrifícios havia certa unidade: todos se uniam *menos um*.

A violência sem uma válvula de

escape, não é aquela terminal, controlada, é, muitas vezes pior, a original. Assim, neste papel de substituto sacrificial, o judiciário andou mal porque perdeu a credibilidade. O exemplo antigo, e que bem exemplifica esta relação, é a figura de Aarão, o sacerdote, irmão de Moisés, o legislador. Enquanto Moisés demonstra alguma força política e de controle, seu irmão permite ao povo a corrupção e o culto ao bezerro de ouro. Este descontrole é, afinal, o que de pior pode acontecer com a violência, mas, também, não causa nenhuma admiração. Ficou demonstrado que quaisquer que sejam as instituições que partam daquele mesmo princípio, o da violência, não poderá controlá-la por muito tempo. A violência é, como foi dito, contagiante. Todos os instrumentos, todas as pessoas, todos, ficam marcados com a violência. Ao contrário, a segunda parte do estudo, procurou esclarecer, e o fez, as relações dialógicas. Se num primeiro momento da humanidade, a violência foi a marca inicial. Se, ao contrário, a marca for do amor, como ensina Empédocles, haverá união.

A partir do desfazimento de um equivocado conceito de amor como sentimento ou como palavra vazia e, simultaneamente, a partir da construção de amor como relação e, principalmente, como responsabilidade de uma pessoa para com outra, o estudo apresentou uma possibilidade diversa. Se antes, a solução foi a eliminação,

o aniquilamento, agora, é o da vida, o da construção, o do estar junto com, isto é, princípio eu-tu. A proposta é o da relação dialógica, em que todos são trazidos à mesa, tendo o homem como seu centro. O mesmo homem, que deveria ser constantemente morto, deve agora ser vivificado, tendo em vista que ele tem a solução para a sua própria crise. Uma luz aparece, ou seja, o caminho percorrido pelo homem até aqui fez por destruí-lo. A ideia central é que todos voltem e tomem o outro caminho - o amor, e, em vez de maldição, *digam* a bênção. Neste caminho esquecido, conhecido como reino do amor, o homem - e não a coisa, tem valor. O princípio é o próprio homem e, portanto, as instituições devem ser criadas para garantir o homem. Entre as quais, a instituição do direito, que manifesto, tanto pela *Themis* quanto pela *Diké*, reconheça e faça valer o homem. Porque assim como ocorreu com a violência, o amor, também, é contagiante. Se a violência transformou tudo em violência. O amor transforma tudo em amor. Se o direito foi a expressão da violência, agora pode ser a expressão do amor.

Claro, não é tão simples, porque aqui o amor deixou de ser um sentimento, para ser uma ação. Por isso mesmo, é a filosofia de Gandhi que serviu de guia. Uma filosofia política do amor, desenvolvida ao longo de um tempo, aplicada a um povo, com

resultados honestos e felizes. Mas o que falta. Gandhi ainda responde. *Ahimsa*, mas com *satyagraha*, ou seja, não-violência, amor, mas com firmeza pela verdade. É de Buber, também, a luz. Dizendo que, se o homem dialogar ele conserta seu caminho. E faz isto sem excluir Caim. Para ele, o grande passo em falso de Caim foi a recusa ao diálogo, que o fez errante e vagabundo sobre a terra, disseminando rancores e ódio. Talvez, esta firmeza em relação à verdade e à prática do amor, na filosofia gandhiana, e este propósito firme em dialogar, na filosofia buberiana, seja a proposta de Jesus de Nazareth, igualmente, indicando para a firmeza no dizer, isto é, no falar *dàbhàr*: “*que o vosso dàbhàr seja: Sim, sim; Não, não. O que passar disso é de procedência maligna*”²⁷³

Enfim, foram resgatados os principais conceitos gregos sobre a justiça. Um mais antigo, *Themis*, significando lei; outro, a partir das lutas entre classes sociais, *Diké*, cujo sentido é o da luta pelo direito. O resgate serve para apresentar as duas faces da justiça. Porém o que se tem como certo não é a justiça em si, mas o princípio em que ela se fundamenta. Para se livrar da substituição sacrificial, o direito deve crescer em torno do princípio do amor, da responsabilidade do eu com o tu. Neste caso, fará não somente por manifestar-se, mas, também, por educar. Lembrando que a comunidade (*polis*) é o

²⁷³ Mateus 5; 37;

lugar para que o homem se forme e, com virtudes, siga seu caminho de humanização do mundo. E isso só ocorre com a vontade de justiça, como a que se desenvolveu na antiga *polis*, e como lembra Jaeger, uma vontade que se converteu numa nova força formadora do Homem.²⁷⁴

BIBLIOGRAFIA

- ARISTÓTELES. OBRAS, 2ª ed. Tr. de Francisco de P. Saramanch. Madrid: Aguilar, 1977;
- BUBER, MartiN. YO Y TÚ. Trad. de Horácio Crespo. Buenos Aires. Ed. Nueva Visión, 1969;
- CARDONA, Carlos. LA METAFÍSICA DEL BIEN COMUN. Madrid: Rialp, 1966;
- CORRIERE DELLA SERA, 17 dicembre 2000;
- COTRIM, Gilberto. FUNDAMENTOS DA FILOSOFIA. 13ª edição. São Paulo: Saraiva, 1997;
- COULANGES, Fustel de, A CIDADE ANTIGA: estudo sobre o culto, o direito e instituições da Grécia e de Roma. Trad. port. 7ª ed. Liv. Clássica Editora, 1950;
- DALLARI, Dalmo de Abreu. Palestra BRASIL: 500 ANOS, na USF, 2000;
- EMPÉDOCLES. Fragmento 112, in KIRK, G. S. & RAVEN J. E.. OS FILÓSOFOS PRÉ-SOCRÁTICOS. trad. port. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1979;
- FOLHA DE SÃO PAULO. A autoria do poema foi erroneamente atribuída a Vladimir Maiakovski. O poeta Eduardo Alves da Costa garantiu que Maiakovski nada tem a ver com o poema, na Folha de São Paulo, edição de 20.9.2003;
- FRAILE, Guillermo Fraile. HISTÓRIA DE LA FILOSOFIA: Grécia y Roma. Madrid: B.A.C., 1956;
- FROMM, Erich. A REVOLUÇÃO DA ESPERANÇA: por uma tecnologia humanizada. Tradução de Edmond Jorge, Rio de Janeiro: Zahar, 1969;
- FROMM, Erich. A SOBREVIVÊNCIA DA HUMANIDADE. Tradução de Waltensir Dutra. 3ª edição. Rio de Janeiro: Zahar, 1966;
- FROMM, Erich. TER OU SER? trad. Nathanael C. Caixeiro. 2ª ed. RJ: Zahar, 1979;
- GANDHI. AS PALAVRAS DE GANDHI. Texto selecionado por Richard Attenborough. Trad. A.B.P.de Lemos. RJ: Record, 1982;
- GIRARD, René. A VIOLÊNCIA E O SAGRADO. Tradução de M. C. Gambini, SP: Paz e Terra, 1990;
- GOLHAGEN, Daniel Jonah. OS CARRASCOS VOLUNTÁRIOS DE HITLER: o povo alemão e o holocausto. 2ª ed., tradução de Luís Sérgio Roizman. SP: Cia das Letras, 1999;
- HERÁCLITO de Éfeso. FRAGMENTOS. Edição bilíngue com tradução, introdução e notas de Emmanuel Carneiro Leão. RJ: Tempo Brasileiro, 1980 (Fragmento 44);
- JAEGER, Werner. PAIDEIA: a formação do homem grego. Tradução de Artur M. Parreira. São Paulo: Martins Fontes, 1979;
- LINS, Osman. RETÁBULO DE SANTA JOANA CAROLINA, in O CONTO BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO, com seleção, introdução e notas por Alfredo Bosi, da USP. São Paulo: Editora Cultrix, 1992;

²⁷⁴ Werner Jaeger, *op. cit.*, p. 128;

MORAES, Vinícius. ANTOLOGIA POÉTICA. 20ª ed., Rio de Janeiro: José Olympio, 1981;

NARDELLA-DELLOVA, Pietro (direção e organização) et al. ANTROPOLOGIA JURÍDICA: UMA CONTRIBUIÇÃO SOB MÚLTIPLOS OLHARES. 2ª edição. São Paulo: Scortecci, 2018.

NARDELLA-DELLOVA, Pietro (org) et al.. DIREITO, MITO E SOCIEDADE. São Paulo: Scortecci Editora, 2021.

NARDELLA-DELLOVA, Pietro. “A EFICÁCIA IMEDIATA E DIRETA DAS NORMAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS EM FACE DO ESTADO E DAS RELAÇÕES PRIVADAS”, in Rev. Jurídica Logos, 2016, p. 41.

NARDELLA-DELLOVA, Pietro. “ACERCA DO MOVIMENTO CRÍTICO DO DIREITO E OS NÚCLEOS FAMILIARES”, in CARVALHO, Salo (org.) et al. Para Além do Direito Alternativo e do Garantismo Jurídico. RJ: Lumen Juris, 2016.

NARDELLA-DELLOVA, Pietro. “DIREITOS HUMANOS E REFUGIADOS”, in BARROSO, Luis Roberto et al (orgs.). Refugiados, Imigrantes e Igualdade dos Povos”. SP: Quartier Latin Editora, 2017.

NARDELLA-DELLOVA, Pietro. “RACISMO E EXCLUSÃO NA DISTRIBUIÇÃO DE ÁGUA: UMA REFLEXÃO A PARTIR DA GESTÃO DO GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO, in Revista de Direito Padre Anchieta, Ano 15, n. 23, 2015, p. 68.

NARDELLA-DELLOVA, Pietro. “REFLEXÃO JURÍDICA SOBRE DIREITO E SOCIEDADE”, in GUERRA, Willis S. (org) ALTERNATIVAS POLÍTICAS AO DIREITO. RJ: Lumen Juris, 2014.

NARDELLA-DELLOVA, Pietro. “TERRA: USO E ABUSO NO CONTEXTO SOCIAL BRASILEIRO”, in Revista Jurídica Logos n. 8., 2015, p. 379.

NARDELLA-DELLOVA, Pietro. “UMA REFLEXÃO SOBRE DIREITOS HUMANOS E REFUGIADOS”, in Revista Logos n. 9, 2016, p. 153.

NARDELLA-DELLOVA, Pietro. A CRISE SACRIFICIAL DO DIREITO: UMA LEITURA DO DIREITO A PARTIR DE RENÉ GIRARD E MARTIN BUBER E DA DISTRIBUIÇÃO DOS BENS. Dissertação de Mestrado apresentada, defendida e aprovada na Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em 2000;

NARDELLA-DELLOVA, Pietro. JUDAÍSMO E DIREITOS HUMANOS. Tese de Doutorado. PUC/SP, 2020.

NARDELLA-DELLOVA, Pietro. PIERRE PROUDHON E SUA TEORIA CRÍTICA DO DIREITO CIVIL. São Paulo: Scortecci, 2020.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, v. 1. Atual. MORAES, Maria Celina Bodin de. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PEREIRA, Maria Helena da Rocha. ESTUDOS DE HISTÓRIA DA CULTURA CLÁSSICA: cultura grega. I vol.. 5ª ed.. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1980;

PLATONE. LA REPUBBLICA. Introduzione di Francesco adorno, traduzione di Francesco Gabrieli, com testo greco a fronte. Milano: Rizzoli Libri, 1999.

QUINTANA, Mario. PROSA & VERSO. 6ª ed. São Paulo: Editora Globo, 1996;

REVISTA DE CIÊNCIAS SOCIAIS E JURÍDICAS – FADIPA, disponível em

<https://revistas.anchieta.br/index.php/revistadecienciasociaisjuridica/issue/archive>

REVISTA DE DIREITO CIVIL –
FADIPA, disponível em
<https://revistas.anchieta.br/index.php/RevistaDirCivil/issue/archive>

TARTUCE, Flávio. *Direito civil: lei de introdução e parte geral*, v. 1. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

VERNANT, Jean-Pierre. MITO E PENSAMENTO ENTRE OS GREGOS. Tradução de H. Sarain. RJ: Paz e Terra, 1990;

**O REI E O MANDATO DIVINO PARA
ESTABELEECER A JUSTIÇA: SUA
EXPRESSÃO NAS FONTES DE
DIREITO CUNEIFORME**

*The king and the divine mandate for
establishing justice: its expression in
cuneiform law sources*

*Felipe Epprecht Douverny*²⁷⁵

RESUMO

Embora os reis mesopotâmicos raramente tenham sido divinizados, ao contrário do que ocorria no Egito, ainda assim era estreita a relação entre monarquia e religião, o que se evidencia, por exemplo, na concepção do rei como alguém encarregado pelos deuses de estabelecer o direito e a justiça na terra. Tal ideia se expressa em diversas fontes de direito cuneiforme, sobretudo nos prólogos e epílogos das coleções de normas jurídicas ou “códigos”, como ficaram tradicionalmente conhecidas, bem como na atividade judicante do rei e nos editos de remissão de dívidas por ele promulgados, funcionando, ao mesmo tempo, como legitimação e limite do poder monárquico.

Palavras-chave: *Monarquia, Religião, Mesopotâmia, Justiça, Direitos cuneiformes*

ABSTRACT

Although mesopotamian kings have seldom been divinized, contrary to what occurred in Egypt, there was still a close link between monarchy and religion, which is highlighted,

²⁷⁵ *Felipe Epprecht Douverny*. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo (2008). Mestre (2013) e Doutor (2017) em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Assistente

for example, in the conception of the king as someone commissioned by the gods to establish law and justice in the land. Such idea is expressed in several cuneiform law sources, mainly the prologues and epilogues of the collections of legal norms or “codes”, as they came to be known, as well as in the judicial activity of the king and in edicts of remission of debts he promulgated, working, at the same time, as a legitimation and limit to monarchic power.

Keywords: *Monarchy, Religion, Mesopotamia, Justice, Cuneiform Laws.*

1. Introdução

Enquanto o Estado ocidental moderno se pretende livre da conexão com realidades derradeiras, é certo que “a organização política de todas as sociedades pré-modernas estivesse de algum modo conectada a, embasada em ou garantida por alguma fé em, ou compromisso com Deus, ou com alguma noção de realidade derradeira”, havendo mesmo “sociedades arcaicas nas quais todo um conjunto de distinções que estabelecemos entre aspectos religiosos, políticos, econômicos, sociais, etc..., deixam de fazer sentido (...) e a religião estava “em toda a parte”, estava inter-relacionada com tudo o mais e, de forma

Jurídico no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. De 2017 a 2019, professor de Direitos Humanos na Faculdade de Direito do Centro Universitário Campo Real, em Guarapuava-PR.

alguma, consistia um “plano” isolado em si mesmo.”²⁷⁶

O presente trabalho tem como objeto de estudo uma das sociedades em que a relação entre religião e esfera pública e, portanto, entre religião e direito, era ainda bastante estreita: o antigo oriente próximo, mais especificamente os reinos que se formaram na região da mesopotâmia.

Desde o pensamento de Aristóteles, centrado em uma comparação dos regimes gregos com aqueles vividos pelos “bárbaros”, instituiu-se a tradição de classificar as monarquias orientais como “despotismos”, em que o rei governa seus súditos da mesma forma que um senhor domina sobre seus escravos.²⁷⁷ Devido à conotação que o termo ganhou na história do pensamento político, para indicar “qualquer forma de governo absoluto, sendo muitas vezes sinônimo de tirania, ditadura, autocracia, absolutismo e outras formas semelhantes”,²⁷⁸ pode haver a impressão de que as monarquias do antigo oriente próximo eram regimes absolutistas,

sujeitos a nenhum controle e sinônimos apenas de opressão e domínio sobre os povos.

As fontes e a historiografia, entretanto, parecem apontar outro caminho, indicando que o rei mesopotâmico era concebido, ao menos idealmente, não como um déspota ou tirano, mas como alguém encarregado de uma missão divina: estabelecer o direito e a justiça na terra, o que era posto em prática de diversas maneiras. Esta é a concepção que o presente artigo buscará apresentar.

Para tanto, parte-se da enunciação de seus contornos gerais, tratando-se do surgimento da monarquia na Mesopotâmia e de sua relação com o elemento religioso. Passa-se, então, à enunciação dos deveres reais, que encontram expressão em diversas fontes de direito cuneiforme e funcionam, ao mesmo tempo, como legitimação e limite do poder monárquico.

Segundo J. GILISSEN, chama-se de “direitos cuneiformes o conjunto dos direitos da maior parte dos povos do Próximo Oriente da antiguidade que se serviram de um

²⁷⁶ C. TAYLOR, *Uma era secular*, São Leopoldo, Unisinos, 2010, pp. 14-15. Uma contestação do “dogma” da autonomia religiosa da razão e, portanto, das diversas visões políticas que fundamentam e dão sustentação ao Estado Moderno em suas diversas configurações, pode ser encontrada, por exemplo, em H. DOOYEWEERD, *No crepúsculo do pensamento: Estudos sobre a pretensa autonomia do pensamento filosófico*, São Paulo, Hagnos, 2010. Na tradição dooyeweerdiana, com relação à filosofia política, pode ser citado o trabalho de D. KOYZIS, *Visões e ilusões políticas: uma análise e*

crítica cristã das ideologias contemporâneas, São Paulo, Vida Nova, 2014. No âmbito do direito constitucional, J. E. M. MACHADO, *Estado constitucional e neutralidade religiosa: entre o teísmo e o (neo)ateísmo*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2013, busca demonstrar como as bases do estado constitucional moderno se sustentam em pressupostos nitidamente judaico-cristãos.

²⁷⁷ Aristóteles, *Política*, 1285a-b.

²⁷⁸ N. BOBBIO, *Despotismo*, in N. BOBBIO, N. MATTEUCCI e G. PASQUINO, *Dicionário de Política I*, 11ª ed., Brasília, UNB, 1998, p. 539

processo de escrita, parcialmente ideográfico, em forma de cunha ou prego.” (escrita cuneiforme, que se torna fonética com o passar do tempo). Não se trata de um direito único, mas de vários sistemas aparentados e desenvolvidos ao longo do tempo nas regiões da Suméria, da Acádia, da Babilônia, da Assíria, ou mesmo no reino dos Hititas, localizado na atual Turquia.²⁷⁹

As fontes de conhecimento dos direitos cuneiformes são diversas, podendo-se destacar, além de registros históricos, decretos ou editos reais, os “códigos” ou coleções de regras formuladas em diversos períodos da história do antigo oriente próximo,²⁸⁰ instruções a funcionários, a correspondência do rei com seus servidores, registros de julgamentos, contratos anotados em tabuletas, e tratados entre reinos.²⁸¹

Neste trabalho, dada a natureza do tema, serão utilizados, sobretudo, os prólogos e epílogos de algumas coleções de direito cuneiforme da mesopotâmia (Ur-Nammu, Eshnunna, Lipit-Ishtar, Hammurabi), que trazem longos arrazoados sobre o papel do

rei, assim como o texto de editos reais sobre remissão de dívidas, a fim de demonstrar a conexão entre o encargo divino e a concepção do poder monárquico na mesopotâmia.

2. A origem da monarquia na Mesopotâmia

Na Mesopotâmia, embora o território tenha se dividido em diversas cidades, estas não se regiam da mesma forma que as cidades-estado gregas em seu período clássico, ou mesmo Roma durante boa parte de sua história. No antigo oriente próximo, apesar de indícios de certa “democracia” primitiva ou de um governo de “anciãos”,²⁸² o regime político predominante no período histórico foi a monarquia, em que o poder pertence quase que exclusivamente ao rei.²⁸³

Esse regime, segundo H. FRANKFORT, encontra sua origem na impossibilidade de o regime “democrático” primitivo lidar com grandes extensões de território e tomar decisões mais rápidas e resolutas, a que era difícil chegar, pois se

²⁷⁹ *Introdução histórica ao direito*, 4ª ed., Lisboa, Calouste-Gulbenkian, 2003, p. 58

²⁸⁰ Como se verá no item próprio, não se trata de “códigos” no sentido moderno, mas de compilações de regras oriundas da prática e do costume, possivelmente formuladas por escribas. Em ordem cronológica, na mesopotâmia, podem ser citadas as compilações de Ur-Nammu (ca. 2100 a.C.), Lipit-Ishtar (Isin, ca. 1900 a.C.), Eshnunna (ca. 1770 a.C.), Hammurabi (ca. 1750 a.C.), as “Leis Médio Assírias” (século XIV a.C.) e as “Leis Neo-Babilônicas” (século VII a.C.).

²⁸¹ Para uma análise das fontes de conhecimento do direito do antigo oriente próximo, confira-se

R. WESTBROOK, *Introduction*, in R. WESTBROOK (ed.), *A history of ancient Near Eastern law. Vol. I*, Leiden-Boston, Brill, 2003, pp. 4-12.

²⁸² Termo que não se refere, necessariamente, a uma condição etária, mas a a uma instituição local com atribuições políticas e judiciárias, com forte conotação tribal e patriarcal (cf. S. LAFONT, *Le juge biblique*, in J. M. CARBASSE et al., *La Conscience du juge dans la tradition juridique européenne*, Paris, PUF, 1999, p. 25).

²⁸³ J. GAUDEMET, *Les institutions de l'Antiquité*, 4ª ed., Paris, Montchrestien, 1994, p. 34.

exigia o consenso unânime da assembleia. Assim, diante de situações específicas, escolhia-se um rei e se delegava a ele o poder antes concentrado na assembleia dos cidadãos.²⁸⁴

Com o tempo, no entanto, a monarquia passa, de um fenômeno “emergencial” a algo estabelecido. A necessidade de ação rápida e resoluta aumentava e os assentamentos deixavam de ser pequenos e isolados. A formação de cidades trazia mais conflitos entre os grupos e a exigência de drenagem e irrigação dos campos tornava necessária uma ação conjunta. A importação de materiais brutos de outros locais exigia que houvesse estradas bem guardadas. Diante desse quadro, aquela instituição originalmente temporária passa a ser algo permanente e o palácio real progressivamente suplanta o templo como centro do poder na cidade.²⁸⁵

²⁸⁴ *Kingship and the Gods. A Study of Ancient Near Eastern Religion as the Integration of Society & Nature*, University of Chicago, 1978 (Phoenix Edition), p. 215-218. O autor ressalta, contudo, que a monarquia, apesar de predominar ao longo do tempo, não foi a única solução encontrada para um regime unitário. Além dela, o governo poderia ser exercido pelo sacerdote de um templo proeminente dentre os demais que compunham a cidade, ou mesmo por um governador (*ensi*), tido como representante do deus cidadão (pp. 222-223). S. DÉMARE-LAFONT, *Nouvelles données sur la royauté mésopotamienne*, in *Revue historique de droit français et étranger* 73 (1995), p. 477, por seu turno, destaca que a monarquia não era sequer a única forma de governo presente na Mesopotâmia durante o primeiro terço do segundo milênio a.C., havendo certas cidades do médio Eufrates, como Emar e Tuttul, que eram

A grandeza do poder real se revela no termo utilizado para designar o rei, *lugal*, que significa “grande homem” e indica também o dono de um escravo ou de um campo. Assim, pode-se dizer que a comunidade, ao eleger o rei, sujeitava-se a ele como a um senhor, o que se justifica até mesmo em razão do caráter temporário da instituição em suas origens.²⁸⁶ Segundo R. WESTBROOK, entretanto, embora o rei seja visto como o chefe de uma grande casa, constituída pela população da cidade, e às vezes seja chamado de senhor de seus súditos, e estes de seus escravos, ou mesmo de proprietário do território do reino, isto tem um significado mais político do que jurídico.²⁸⁷

As fontes de legitimidade do rei, por seu turno, eram a sucessão dinástica e a escolha divina, assim como o exercício do “mandato” que lhe era confiado pelos deuses,

dirigidas por uma assembleia local (*tahtamum*) e não por um príncipe.

²⁸⁵ H. FRANKFORT, *Kingship* cit., pp. 218-219; E. BOUZON, *Uma coleção de direito babilônico pré-hammurabiano: leis do Reino de Ešnunna. Introdução. Texto cuneiforme em transcrição. Tradução do original cuneiforme e Comentários*, Petrópolis, Vozes, 2001, p. 36.

²⁸⁶ Segundo o H. FRANKFORT, *Kingship* cit., p. 226, os títulos sumérios e acadianos *lugal* e *ensi*, que originariamente designam funções diferentes, com o tempo passam a marcar apenas a diferença na extensão do poder de um líder. O *ensi* geralmente governava uma cidade-estado menor, embora o título fosse mantido quando ele houvesse submetido uma área maior. *Lugal*, via de regra, indicava um domínio mais extenso e podia até mesmo ser assumido como título por um *ensi* que conquistasse territórios estrangeiros, ou mesmo abandonado, caso os perdesse.

²⁸⁷ *Introduction* cit, p. 25.

sobretudo a missão de estabelecer a justiça,²⁸⁸ o que remete às relações entre monarquia e religião e sua expressão nas fontes de direito cuneiforme.

3. A relação entre monarquia e religião

Ao contrário do que ocorria no Egito, apenas excepcionalmente os reis mesopotâmicos eram divinizados.

O faraó, considerado como uma encarnação da divindade – inicialmente, Hórus, e, depois, Rá, o deus criador, de quem era considerado filho – era chamado de “o deus” ou “o bom deus” e, após sua morte, era assimilado a Osíris, sendo esse caráter divino expresso nos títulos reais, nas suas representações artísticas como uma figura sobre-humana e nos ritos de coroação.

Na mesopotâmia, contudo, o verdadeiro soberano permanece sendo o deus da cidade, do qual o rei é um regente ou

vigário, encarregado de fazer reinar a justiça, a ordem e a paz na cidade, proteger os mais fracos e garantir a prosperidade do povo.²⁸⁹

Isto se dava, segundo H. FRANKFORT,²⁹⁰ porque, para o pensamento egípcio, o universo era o produto de um único processo criador, que encontrava sua consequência natural no governo absoluto que o criador, Ra, exercia sobre o mundo. Assim, a configuração da sociedade com o Faraó como monarca absoluto (encarnação da divindade) fazia parte da própria estrutura cósmica.²⁹¹

Já na Mesopotâmia, o relato da criação não conhece uma única autoridade: do conflito entre as forças do Caos (Tiamat) e outros deuses é que nasce a necessidade de se designar como líder um deus mais novo (Marduk), que, ao vencer a batalha, cria o mundo como o conhecemos a partir do corpo de Tiamat.²⁹²

²⁸⁸ R. WESTBROOK, *Introduction* cit., pp. 25-26.

²⁸⁹ J. GAUDEMET, *Les institutions* cit., p. 34; M. C. GIORDANI, *História da Antiguidade Oriental*, 15ª ed., Petrópolis, Vozes, 2012, pp. 95 e 179-180; H. FRANKFORT, *Kingship* cit., p. 226; R. DE VAUX, *Instituições de Israel no Antigo Testamento*, São Paulo, Vida Nova, 2004, p. 140; P. JONES, *Divine and Non-Divine Kingship*, in D. SNELL (ed.), *A companion to the Ancient Near East*, Oxford, Blackwell, 2005, p. 330.

²⁹⁰ *Kingship* cit., pp. 232-236.

²⁹¹ M. GITTON, *A criação do mundo nos textos egípcios (Apresentação)*, in VV. AA., *A Criação e o Dilúvio: segundo os textos do Oriente Médio Antigo*, São Paulo, Paulus, 1990, destaca que a principal contribuição do pensamento cosmogônico egípcio é a de ter “procurado pensar a criação do mundo como um todo e de tê-la incorporado, de uma outra maneira, à iniciativa de deus supremo, pai e senhor de todos os seres, sem divisão possível. A criação é um gesto de

domínio perfeito, sem violência real. O pensamento egípcio é dominado pela majestosa grandeza da “primeira vez” que é, ao mesmo tempo, o momento inicial de todas as coisas e o arquétipo sempre presente da realidade empírica.” (p. 97). O mesmo autor realça, ainda, a relação entre cosmogonia e estabelecimento da ordem política, ao afirmar que “a noção de ordem cósmica (maât) reside no centro da política e da religião” (p. 94) e que “os mesmos termos e quase as mesmas imagens servem para designar o ato inicial pelo qual o Demiurgo suscitou o mundo e o processo que leva ao trono do Egito “um filho de Rê”, uma “imagem divina”.” (p. 96).

²⁹² Esta é a narrativa cosmogônica contida no *Enuma elish*, poema babilônico da criação, mas, como destaca M-J. SEUX, *A criação e o dilúvio nos textos mesopotâmicos (Apresentação)*, in VV. AA., *A Criação e o Dilúvio: segundo os textos do Oriente Médio Antigo*, São Paulo,

Portanto, ao menos a partir de um dos relatos da criação presentes na Mesopotâmia, a monarquia terrena, apesar de ser aceita universalmente como instituição, não era vista como o sistema natural pelo qual as forças cósmicas atuavam, mas como consequência da ansiedade e confusão, segundo o mesmo padrão da instituição da monarquia entre os deuses.²⁹³

Ainda assim, os povos da Mesopotâmia criam que a realeza enquanto instituição era de origem divina (o cargo e não a pessoa) e viam o rei não como um deus encarnado, mas como um mortal encarregado de um fardo divino, ou seja, estabelecido pelos deuses para governar o povo que andava errante. A ideia era que os deuses, embora normalmente não se importassem tanto com o cuidado dos homens, quiseram estabelecer a justiça na terra e para tanto comissionaram os reis.²⁹⁴

Paulus, 1990, p. 13, não se trata do único mito criacional presente na cultura mesopotâmica, que ora atribui a criação do cosmos a partir de elementos existentes à ação de um certo deus (como Marduk ou Enlil), ora a uma autocriação sem a intervenção dos deuses. Por seu turno, P. JONES, *Divine* cit., p. 333, afirma que, além de não haver um chefe do panteão na religião babilônica, sua cosmogonia também não aponta para um cosmos estável, mas sim dominado pela vontade instável dos deuses, manifestada não de uma vez por todas, mas em decretos casuísticos. F. ROCHBERG, *Mesopotamian Cosmology*, in D. SNELL (ed.), *A companion to the Ancient Near East*, Oxford, Blackwell, 2005, p. 320, ressalta que embora na mesopotâmia fosse prevalente a ideia de que a ordem universal e a justiça provinham da vontade divina, o poder para decretar todas as coisas incluía a boa e a má-sorte, a ordem e o caos, razão pela qual a cultura mesopotâmica desenvolveu meios de conhecer a

Entretanto há evidências da divinização de certos reis na Mesopotâmia. É o que ocorre, por exemplo, com Naram-Sin de Acade (2254-2218 a.C.), que passa a antepor a seu nome o termo *DINGIR*, um determinativo divino, costume seguido por vários reis da terceira dinastia de Ur (por volta do século XXI a.C.) e, após a queda dessa dinastia, por reis de Isin, Eshnunna e Larsa.²⁹⁵ Hammurabi, por seu turno, não utilizou essa mesma designação, mas sim seu sucessor Samsu-Iluna e alguns reis do período cassita, sendo certo que a partir de então isto não mais ocorre, nem entre os assírios nem entre os neo-babilônicos.²⁹⁶

Como se pode perceber, mesmo que a relação entre monarquia e divindade não apresente a mesma conformação que tinha no Egito e a divinização tenha sido a exceção no antigo oriente próximo,²⁹⁷ ainda assim a compreensão do fenômeno da realeza na

vontade dos deuses para o futuro, dirigir-lhes súplicas e agradá-los (adivinhação, magia e encantamentos).

²⁹³ H. FRANKFORT, *Kingship* cit., idem.

²⁹⁴ H. FRANKFORT, *Kingship* cit., pp. 237-239. Segundo M. REDE, *O “rei de justiça”: soberania e ordenamento na antiga Mesopotâmia*, in *PHOÏNIX* 15-1 (2009), p. 135, “certos textos, como a Lista Real Suméria, narram a “descida” da realeza dos céus, no início dos tempos, por iniciativa do deus Enlil, divindade soberana por excelência.”

²⁹⁵ E. BOUZON, *Uma coleção* cit., pp. 36-37; H. FRANKFORT, *Kingship* cit., p. 224; M. REDE, *O “rei de justiça”* cit., p. 136.

²⁹⁶ H. FRANKFORT, *Kingship* cit., pp. 224; S. DÉMARE-LAFONT, *Nouvelles données* cit., pp. 479-480.

²⁹⁷ Conforme destaca R. DE VAUX, *Instituições* cit., p. 140, entre os hititas, por exemplo, o rei somente era divinizado depois de sua morte, mas

mesopotâmia não pode excluir o fator religioso, fundamental no exercício do poder.²⁹⁸

A importância desse elemento se expressa ao menos em três vertentes: na legitimação do poder real, na definição da missão do rei e, de certa forma, na limitação de seu poder.

3.1. A legitimação do poder real

Como já se afirmou, o aspecto religioso influi na legitimação do poder real, que repousava, sobretudo, na aprovação divina e no mandato divino para promover justiça. A sucessão dinástica e o próprio sucesso militar do rei também desempenham seu papel, mas pode-se considerar que, de certa forma, eram tidos como indícios

daquela escolha divina que estabelecia um homem como rei, já que alguém que não fosse um escolhido não teria sucesso em seus empreendimentos.²⁹⁹

Não se sabe ao certo como era verificada essa escolha divina, mas o acesso ao trono era formalmente estabelecido com a cerimônia da coroação, feita no templo do deus cidadão. Esse ritual, para os povos da Mesopotâmia, significava o primeiro contato do rei com as insígnias que carregavam os poderes imutáveis da realeza e que, naquele momento, eram transfundidos no novo monarca.³⁰⁰

Segundo S. DÉMARE-LAFONT, as insígnias reais podiam ter um caráter mais “profano”, sendo o monarca associado à imagem de certos animais, como o leão, que exalta a força do rei, sua coragem e seu poder

não era reconhecido como deus ainda em vida. Do mesmo modo, as fontes oriundas da Síria e da Palestina não permitem concluir pela divinização dos reis. Em Israel, por fim, embora o rei seja ungido e, assim, desfrute de uma relação especial com YHWH, por quem é “adotado”, não se torna igual a Ele. Segundo o autor, “na verdade, a religião de Israel, com sua fé em Iahvé, Deus pessoal, único e transcendente, impossibilitava toda divinização do rei. E também não vale objetar que isso representa somente a religião oficial, pois, se a religião popular ou a ideologia real tivessem admitido esse caráter divino do rei, se encontrariam vestígios disso nos profetas, que não se mostram nada tolerantes com os reis infiéis. Eles criticam muitas coisas, mas nunca a pretensão à divindade. Israel nunca teve, nem podia ter, a noção de um rei que fosse um deus.” (p. 141).

²⁹⁸ M. REDE, *O “rei de justiça”* cit., p. 136. H. FRANKFORT, *Kingship* cit., p. 3, afirma que se enxergarmos a monarquia apenas como uma instituição política secular, não faremos justiça ao modo como os povos do oriente próximo antigo a consideravam: “*But if we refer to*

kingship as a political institution, we assume a point of view which would have been incomprehensible to the ancients. We imply that the human polity can be considered by itself. The ancients, however, experienced human life as part of a widely spreading network of connections which reached beyond the local and the national communities into the hidden depths of nature and the powers that rule nature. The purely secular – in so far as it could be granted to exist at all – was the purely trivial. Whatever was significant was imbedded in the life of the cosmos, and it was precisely the king’s function to maintain the harmony of that integration.”

²⁹⁹ R. WESTBROOK, *Introduction* cit., pp. 25, e *Old Babylonian Period*, in *A history of ancient Near Eastern law. Vol. 1*, Leiden-Boston, Brill, 2003, p. 364; H. HU, *Codes as Constitution: The Development of the Biblical Law-Codes from Monarchy to Theocracy*, Durham theses, Durham University, p. 78; H. FRANKFORT, *Kingship* cit., p. 238; J. GAUDEMET, *Les institutions* cit., p. 34; S. DÉMARE-LAFONT, *Nouvelles données* cit., p. 481.

³⁰⁰ H. FRANKFORT, *Kingship* cit., pp. 243-245.

militar, ou, em alguns casos, como na documentação da cidade de Mari, montando um asno, animal vinculado ao estabelecimento da paz, uma das missões mais importantes confiadas ao rei, ao contrário do cavalo, ligado à guerra.³⁰¹

O trono, o cetro e a coroa, insígnias religiosas, por seu turno, são ligadas, cada uma delas, a uma divindade diferente, que oferece seu poder ao rei por meio de um objeto emblemático, cuja retirada é o símbolo da perda do poder, como o cetro quebrado, mencionado no epílogo do Código de Hammurabi, em meio às maldições destinadas aos que não mantiverem as palavras contidas na estela.³⁰²

A manutenção da legitimidade do rei, ademais, dependia do exercício do mandato divino que lhe fora confiado, sobretudo o de estabelecer o direito e a justiça (*kittum/misharum*).³⁰³

3.2. Os deveres do rei

Segundo H. FRANKFORT, os deveres do rei eram de três ordens: interpretar a vontade dos deuses (que se revelava por meio de oráculos, sonhos ou fenômenos naturais), representar o povo diante deles e administrar

o reino. Onde quer que um rei governe em razão de uma aprovação divina, esses três aspectos estão presentes, mas sua combinação e o peso relativo de cada um deles varia conforme o tempo. Assim é que, nos documentos da Dinastia de Acade e da primeira dinastia babilônica, as funções religiosas do rei encontram-se em menor evidência do que ocorre na Assíria de tempos posteriores, quando o rei chama a si mesmo de *sangu*, sacerdote, como se fazia no período Proto-Dinástico.³⁰⁴

J. GAUDEMET nota, contudo, que o rei babilônico não é necessariamente um guerreiro ou um sacerdote (a separação entre clero e realeza seria um traço da sociedade babilônica), ainda que a religião desempenhe um papel fundamental na vida pública (o rei age guiado pelos oráculos divinos que ele interpreta de forma não infalível) e que o rei, na qualidade de chefe do culto público, efetivamente escolhe o sumo sacerdote. Além de representar a divindade na terra, também funciona como um intermediário, representando o povo diante dos deuses e respondendo por suas faltas.³⁰⁵

Assim, o dever de um rei era, inicialmente, manter relações harmoniosas entre a sociedade humana e os poderes

³⁰¹ *Nouvelles donées* cit., pp. 482-483.

³⁰² S. DÉMARE-LAFONT, *Nouvelles donées* cit., p. 484. A autora destaca, ainda, como em uma carta dirigida ao rei de Mari, evidencia-se a ideia de que Addu (Adad, ou Hadade), deus das tempestades, entregara ao rei Zimrî-Lîm as armas com que derrotou as forças do caos (o mar,

Temtum), a demonstrar que o rei se apresenta como um garante da paz e da ordem.

³⁰³ R. WESTBROOK, *Introduction* cit., p. 26; S. DÉMARE-LAFONT, *Nouvelles donées* cit., p. 491.

³⁰⁴ *Kingship* cit., p. 252.

³⁰⁵ *Les institutions* cit., p. 34.

divinos, o que ele conseguia ao honrar os deuses que o haviam colocado no trono por meio da dedicação de templos e manutenção do culto. Com isso, ele assegurava a benção divina sobre a terra, a libertação dos inimigos pela força das armas e o estabelecimento da justiça.³⁰⁶

Além de suas funções ligadas ao culto, o rei era também o chefe guerreiro, responsável pela defesa do povo e de seu território contra ataques inimigos, assim como o provedor de seu povo, o “bom pastor” que conduzia o rebanho a pastos férteis e tranquilos, atividade de provisão material que ele desempenhava pela construção e manutenção dos canais de irrigação e outras obras de engenharia para além dos templos.³⁰⁷

Ao proporcionar prosperidade e paz,

“o rei é, portanto, um fator de equilíbrio cósmico, atuando nas dimensões humanas e divinas da existência. É nesse quadro que se pode entender melhor a íntima relação entre o soberano e a justiça: a garantia do bom curso da natureza e do universo encontra seu equivalente, no plano social, na atuação do rei, pelo estabelecimento e manutenção das normas de

*conduta e das regras de convivência.”*³⁰⁸

Assim, ao longo da história da mesopotâmia, esteja ou não envolvido diretamente na administração do sistema jurídico, o monarca era considerado o guardião do direito, pois o estabelecimento da justiça era uma das mais importantes tarefas confiadas pelos deuses a um rei legítimo.³⁰⁹

Essa ideia se encontra presente, por exemplo, em uma carta do século XVIII a.C., dirigida a Zimrî-Lîm, rei de Mari, no Eufrates, por um de seus funcionários em Aleppo, relatando o conteúdo de uma mensagem a ele endereçada por um profeta do deus Addu:

“Diga a meu mestre (Zimrî-Lîm): assim fala Nûr-Sîn, teu servidor.

Abbiya, o profeta do deus Addu, Senhor de Aleppo, veio me encontrar e me dirigiu este discurso: “Assim fala Addu: “Eu havia dado todo o país a Yahdun-Lîm e, graças a minhas armas, ele não teve rival no combate. Mas ele me abandonou e o país que eu havia entregado a ele, entreguei a Samsî-Addu. Depois ... Samsî-Addu (lacuna) ... de modo que eu te reconduzo ao trono de teu pai. Eu te reconduzi ao trono de teu pai e as armas com as quais lutei contra Têmtum (o Mar fundamental), eu dei a ti. Eu te ungi com o óleo de minha vitória e ninguém

³⁰⁶ H. HU, *Codes* cit., p. 77. P. JONES, *Divine* cit., p. 335. Segundo M. REDE, *O “rei de justiça”* cit., p. 136, “o papel do soberano nos cultos é fundamental para o estabelecimento da comunicação entre o mundo humano e divino (...) e o rei é o grande provedor dos templos.”

³⁰⁷ M. REDE, *O “rei de justiça”* cit., pp. 136-137.

³⁰⁸ M. REDE, *O “rei de justiça”* cit., p. 137. Ideia semelhante se encontra em Israel, em textos

como o Salmo 72, no qual a figura do rei é vinculada tanto ao exercício da justiça e do cuidado com o órfão e a viúva, quanto à prosperidade e fartura do reino.

³⁰⁹ M. ROTH, *Law Collections from Mesopotamia and Asia Minor*, Atlanta, Scholars Press, 1995, pp. 4-5.

*permaneceu diante de ti. Escute esta única palavra de mim: quando qualquer um que tiver um processo e apelar a ti dizendo “alguém me causou dano”, levante-se e julgue o caso; responda a ele retamente. É o que desejo de ti.”*³¹⁰

Como destaca S. DÉMARE-LAFONT, assim como o deus Addu enfrentou as forças do caos, representadas pelo Mar (Têmtum), também o rei deve vencer a desordem e fazer prevalecer a justiça, razão pela qual tem o dever de dar uma resposta aos peticionários que o procuram.³¹¹

A missão de distribuir justiça, que é confiada aos reis pelos deuses, não se limita, contudo, ao exercício da atividade judicante, mencionada na carta de Mari, mas encontra expressão em muitas outras atividades do rei, como se verá adiante, e pode ser desdobrada em dois aspectos, *kittum* e *mîsharum*, ou seja, o estabelecimento do direito e da equidade, por assim dizer.

O termo *kittum*, derivado do verbo *kânum*, que significa “ser/tornar estável,

sólido”, pode ser traduzido como “verdade, a lealdade, justiça, correção, equilíbrio”, indicando, assim, a responsabilidade do rei pela manutenção da ordem social e o combate às forças do caos por meio da conservação do direito tradicional.³¹²

Já o termo *mîsharum*, derivado de *esherum*, “ser direito, retilíneo”, pode também ser traduzido por “justiça”, mas apresenta uma conotação mais concreta, revelada, por exemplo, na possibilidade de que os súditos recorressem diretamente ao rei quando os demais órgãos de justiça falhassem, ou mesmo, de forma mais acentuada, nos editos de perdão de dívidas, com os quais os reis cancelavam obrigações decorrentes de empréstimos perfeitamente válidos, interferindo, assim, de forma mais ativa na vida social e em normas já estabelecidas. É esse o vocábulo, aliás, do qual se origina um dos mais frequentes

³¹⁰ Tradução feita a partir da língua francesa, em S. DÉMARE-LAFONT, *Nouvelles donées* cit., pp. 480-481. Especificamente na parte relacionada ao direito: “*Je t’ai oint de l’huile de ma victoire e nul ne s’est tenu face à toi. Ecoute cette parole de moi: lorsque quelqu’un qui aura un procès en appellera à toi en te disant: “on m’a fait du tort”, tiens-toi debout et rends-lui jugement; réponds lui droitement. Voilà ce que je désire de toi.*” Na tradução em inglês apresentada por M. ROTH, *Law collections* cit., pp. 4-5: “*I (Addu) gave the entire country to (your father) Yal].dun-Lim ... He abandoned me and so I gave the country which I had given to him instead to Samsi-Addu (of Assyria) ... (Later) I restored you to the throne of your father’s house ... Now heed this one matter: When anyone makes an appeal to you for a judgment, saying, “I have been wronged!” you be present and render a judgment*

for him! Respond to him with righteousness! This alone I ask of you.”

³¹¹ *Nouvelles donées* cit., p. 493.

³¹² R. WESTBROOK, *Old Babylonian* cit., p. 364; S. DÉMARE-LAFONT, *Nouvelles donées* cit., p. 492; M. REDE, *O “rei de justiça”* cit., p. 137. Segundo este autor (p. 137, nt. 4), “*No geral, o conceito de kittum aproxima-se bastante da Maat egípcia. À semelhança do que ocorre no Egito, a noção mesopotâmica também é personificada na figura de uma deusa, filha de Shamash, deus da justiça por excelência. É preciso notar que, em contrapartida à responsabilidade régia, a participação de cada indivíduo no ordenamento do mundo implica uma adequação à ética do viver justamente: o desvio de conduta é, assim, facilmente assimilado a um atentado contra a ordem divina e, conseqüentemente, régia.*”

epítetos reais, “rei de justiça” (*shar mîsharim*).³¹³

A ideia de que o estabelecimento do direito e da justiça é uma função divinamente confiada aos reis está presente em vários períodos da história da mesopotâmia. K. SLANSKI, por exemplo, menciona um texto literário do final do Século XIV a.C. que se refere ao rei como o juiz que, como Shamash, descobre a verdade e restaura aqueles que sofreram um dano e anula a escravidão por dívidas do povo da Babilônia.³¹⁴ No período neoassírio, o Hino de Coroação de Assurbanipal (668 a 627 a.C.) expressa o desejo de que a eloquência, o entendimento, a verdade e a justiça sejam dados ao rei, considerando como representante do deus Assur.³¹⁵ No período neobabilônico, são várias as referências ao “rei de justiça”, aos reis que “amam a justiça” e proferem “justas sentenças”, assim como, à necessidade de que o rei seja responsável por um governo justo.³¹⁶

Passa-se, agora, à apresentação do modo como esse mandato ou encargo divinamente confiado aos reis se expressa em algumas fontes de direito cuneiforme e no

desempenho das atividades jurídicas pelas quais o monarca era responsável.

3.2.1. Reflexos do mandato divino dos reis nas fontes de direito cuneiforme

A relação entre a missão divina de estabelecer justiça e a criação de normas jurídicas já se verifica em fontes do período sumério antigo, como as inscrições que relatam as reformas instituídas pelo rei Urukagina, governante de Lagash, por volta de 2350 a.C.

Depois de descrever antigas práticas consideradas como abusos de poder, por parte da família real e seus funcionários contra a população e os sacerdotes, o texto enuncia as diversas medidas tomadas por Urukagina para corrigir tal situação, após ser escolhido como rei pelo deus Ningirsu.

Dentre elas, podem ser mencionadas a redução de taxas, previsões buscando evitar que um trabalhador (*shub lugal*) fosse punido por não vender seus bens a um homem de condição superior, assim como a libertação de pessoas em servidão por dívidas ou condenadas por outros delitos. Após a descrição das reformas empreendidas, o texto

³¹³ M. REDE, *O “rei de justiça”* cit., p. 137.R. WESTBROOK, *Old Babylonian* cit., p. 364; S. DÉMARE-LAFONT, *Nouvelles données* cit., p. 492.

³¹⁴ *Middle Babylonian Period*, in R. WESTBROOK (ed), *A history of ancient Near Eastern law. Vol. 1*, Leiden-Boston, Brill, 2003, p. 487

³¹⁵ K. RADNER, *Neo-Assyrian Period*, in R. WESTBROOK (ed), *A history of ancient Near Eastern law. Vol. 1*, Leiden-Boston, Brill, 2003, p. 886.

³¹⁶ J. OELSNER, B. WELLS e C. WUNSCH, *Neo-Babylonian Period*, in R. WESTBROOK (ed), *A history of ancient Near Eastern law. Vol. 1*, Leiden-Boston, Brill, 2003, p. 915, segundo quem até mesmo reis do período helenístico adotaram o conceito tradicional da monarquia do antigo oriente próximo, como é o caso de Antíoco I, que agindo exatamente como um rei babilônico, ora, segundo uma inscrição, por um governo de justiça (*sharrut mishari*).

afirma que “Urukagina pactuou com o deus Ningirsu que os órfãos e a viúva não fossem entregues ao poderosos.”³¹⁷

Trata-se de um modelo que, após séculos, será retomado nos prólogos das coleções de direito cuneiforme (Ur-Nammu, Lipit-Ishtar, Eshnunna e Hammurabi), em que a ideia de que os reis eram encarregados de uma missão divina se expressa com bastante clareza e se afirma haver um chamado para que os reis responsáveis pela promulgação desses códigos estabelecessem a justiça na terra.³¹⁸

M. MOLINA nota, contudo, que essa forma de legitimação ou elogio do poder real (acontecimentos históricos, utilização de exemplos para mostrar que o rei governava de forma justa) reaparece nas coleções acima referidas com um caráter diverso. Se, em Urukagina, a justiça do rei é demonstrada por meio da promulgação de medidas específicas (pelo exercício de *misharum*, poderíamos

dizer), nos “Códigos” posteriores isso se dava pela manutenção de práticas consuetudinárias, plasmadas em expressões condicionais (se, então...) e estabelecidas de forma quase definitiva em uma coletânea de normas (ou seja, pelo exercício de *kittum*).³¹⁹

No prólogo das leis de Ur-Nammu (2112-2095 a.C.) rei da cidade de Ur e fundador da terceira dinastia, expressa-se a ideia de que o governo da cidade lhe foi confiado pelos deuses e que, nessa qualidade, ele estabeleceu a justiça no reino:

“Naquele tempo, eu, Ur-Nammu, grande guerreiro, senhor da cidade de Ur, rei das terras de Sumer e Acade, pelo poder de Nanna, meu senhor, pelo verdadeiro comando do deus Utu, estabeleci a justiça na terra.

(...)

Eu eliminei a inimizade, a violência e os gritos por justiça. Eu estabeleci a justiça na terra.”³²⁰

³¹⁷ M. MOLINA, *Las “reformas” de Urukagina*, in *Antigüedad y Cristianismo* 12 (1995), pp. 51-52. O autor (p. 66) afirma que as “reformas” de Urukagina têm um precedente em ações do rei Entemena, que proclamara a libertação de escravos por dívidas, “devolvendo o filho à mãe e a mãe ao filho”, mas destaca a diferença entre os textos de Entemena e Urukagina: enquanto o primeiro tratava o tema da libertação dos devedores de forma secundária, tendo como foco, na verdade, a atividade do rei como construtor, Urukagina usa a construção de templos e canais como pretexto para descrever reformas cuja finalidade é atestar sua qualidade de rei justo. Sobre os decretos de Urukagina e Entemena, confira-se, ainda, C. WILCKE, *Early Dynastic and Sargonic Periods*, in R. WESTBROOK (ed.), *A history of ancient Near Eastern law. Vol. 1*, Leiden-Boston, Brill, 2003, pp. 142-143.

³¹⁸ H. FRANKFORT, *Kingship* cit., p. 239, afirma que tal ideia se encontra ainda muitos séculos adiante, em uma inscrição de Ciro, rei da Pérsia, com os seguintes dizeres: “(Marduk) reviewed the totality of the lands, and having seen them, he searched for a just king after his own heart, whom he could guide the hand. He pronounced his name ‘Cyrus of Anshan’ and he signified his name for kingship over all.”

³¹⁹ *Las “reformas”* cit., pp. 66-67.

³²⁰ Tradução a partir do inglês, de M. ROTH, *Law Collections* cit., pp. 15 e 17: “[At that time, (1)]. Ur-Namma, [mighty warrior, lord of the city of Ur, king of the lands of Sumer and] Akkad, [by the might] of the god Nanna, my lord, [by the true command of the god Utu(?)], I established [justice in the land(?)]. (...) I eliminated enmity, violence, and cries for justice. I established justice in the land.”

A missão divina do rei para estabelecer justiça é afirmada, posteriormente, no prólogo das Leis de Lipit-Ishtar (rei de Isin entre 1934 e 1924 a.C.), coleção mais antiga do período paleobabilônico:

*“Quando Anu e Enlil, chamaram Lipit-Ishtar, o pastor sábio cujo nome fora pronunciado por Nunamnir, para o principado na terra a fim de estabelecer a justiça na terra, banir as reclamações, afastar a inimizade e a rebelião pela força das armas e para trazer o bem-estar aos sumérios e acádios, então eu Lipit-Ishtar, o humilde pastor de Nippur, o valente fazendeiro de Ur, que não abandona Eridu, o hábil senhor de Erech, rei de Isin, rei de Sumer e de Acade, que sou digno diante do coração de Inanna, estabeleci a justiça em Sumer e Acade de acordo com a palavra de Enlil.”*³²¹

Nas leis de Eshnunna (1825-1787), por sua vez, a fórmula introdutória ou de datação, que não é verdadeiramente um prólogo como os de Lipit-Ishtar e Hammurabi, afirma que “[por um

*irrevogável decreto] de Enlil, Nin-Azu chamou [Daduša?] para a realeza de Ešnunna”*³²²

Já no prólogo do Código de Hammurabi, a ideia de que o rei foi chamado pelos deuses para estabelecer a justiça, se expressa com grande clareza:

“Quando o sublime Anum, rei dos Anunnaku, (e) Enlil, o senhor de céu e da terra, aquele que determina o destino do país, assinalaram a Marduk, filho primogênito de Ea, a dignidade de Enlil sobre todos os homens, (quando) eles os glorificaram entre os Igu, (quando) eles pronunciaram o nome sublime de Babel (e) a fizeram poderosa no universo, (quando) estabeleceram para ele em seu meio uma realeza eterna, cujos fundamentos são firmes como o céu e a terra, naquele dia Anum e Enlil pronunciaram o meu nome, para alegrar os homens, Hammurabi, o príncipe piedoso, temente a deus, para fazer surgir justiça na terra, para eliminar o mau e o perverso, para que o forte não oprima o fraco, para, como o sol, levantar-se

³²¹ Tradução a partir do inglês, de S. N. KRAMER, in J. B. PRITCHARD, *Ancient Near Eastern Texts Relating to the Old Testament*, 3ª ed, Princeton, Princeton University, 1969, p. 159: “when Anu (and) Enlil had called Lipit-Ishtar—Lipit-Ishtar, the wise shepherd whose name had been pronounced by Nunamnir—to the principship of the land in order to establish justice in the land, to banish complaints, to turn back enmity and rebellion by the force of arms, (and) to bring well-being to the Sumerians and Akkadians, then I, Lipit-Ishtar, the humble shepherd of Nippur, the stalwart farmer of Ur, who abandons not Eridu, the suitable lord of Erech, [king] of I[sin], [kin]g of Sum[er and Akkad], who am f[it] for the heart of Inanna, [established [jus]tice in [Su]mer

and Akkad in accordance with the word of Enlil.”. M. ROTH, *Law Collections* cit., p. 23, relata o costume de datação envolvendo os “nomes de anos”, afirmações formulares relembando eventos importantes ocorridos no ano anterior e, assim, utilizados para identificar aquele ano em documentos posteriores, e destaca que um dos nomes de ano do reinado de Lipit-Ishtar poderia conter uma referência à confecção da estela em que as leis estão registradas, porque se alude ao “ano em que Lipit-Ishtar estabeleceu a justiça nas terras de Sumer e Acade”, destacando que a inclusão de tal informação em um nome de ano é a indicação da importância da justiça como uma responsabilidade real.

³²² E. BOUZON, *Uma coleção* cit., p. 59.

*sobre os cabeças-pretas [seres humanos] e iluminar o país.*³²³

Na sequência do prólogo, Hammurabi afirma ser o “pastor, chamado por Enlil”, e enumera suas diversas realizações, que podem indicar uma concepção ideal das tarefas de que um bom rei se encarrega e que realiza com sucesso, como, dentre outras, acumular opulência e prosperidade, guardar as cidades, estar a serviço dos deuses (da É.SAG.ILA, complexo de edifícios que formava o templo de Marduk), obedecer a Shamash, trazer o suprimento de água à cidade, ser “o prudente administrador, aquele que atingiu a fonte da sabedoria”.³²⁴

E grande ênfase é dada mais uma vez à missão de realizar a justiça, no final do prólogo, ao dizer-se que, “quando o deus Marduk encarregou-me de fazer justiça aos povos, de ensinar o bom caminho ao país, eu estabeleci a verdade e o direito na linguagem do país, eu promovi o bem-estar do povo.”³²⁵ Justamente após tal afirmação é que tem início a sequência de normas casuísticas que compõem o Código de Hammurabi, como uma espécie de demonstração do cumprimento do dever de promover a justiça.

³²³ Tradução de E. BOUZON, *O Código de Hammurabi*, 74ª ed., Petrópolis, Vozes, 1999, pp. 39-40.

³²⁴ E. BOUZON, *O Código de Hammurabi* cit., p. 44.

Também no epílogo, ele afirma ter cumprido seu encargo divino, da seguinte forma:

*“Eu (sou) Hammurabi, o rei perfeito. Para com os cabeças-pretas, que Enlil me deu de presente e dos quais Marduk me deu o pastoreio, não fui negligente, nem deixei cair os braços; eu lhes procurei sempre lugares de paz, resolvi dificuldades graves, fiz-lhes aparecer a luz. Com a arma poderosa que Zababa e Istar me outorgaram, com a sabedoria que Ea me destinou, com a habilidade que Marduk me deu, aniquilei os inimigos em cima e em baixo, acabei com as lutas, promovi o bem-estar do país. Eu fiz os povos dos lugarejos habitar em verdes prados, ninguém os atormentará. Os grandes deuses chamaram-me, eu sou o pastor salvador, cujo cetro é reto, minha sombra benéfica está estendida sobre minha cidade. Eu encerrei em meu seio os povos do país de Sumer e Acade, sob minha divindade protetora eles prosperaram, eu sempre os governei em paz, em minha sabedoria eu os abriguei.”*³²⁶

Ainda sobre a finalidade alegada por Hammurabi, mantendo uma tradição que remonta a Urukagina e sua missão de proteger os fracos contra os fortes, o epílogo contém a afirmação de que:

“para que o forte não oprima o fraco, para fazer justiça ao órfão e à viúva, para proclamar o direito do país em Babel, a cidade cuja cabeça An e Enlil levantaram, na

³²⁵ E. BOUZON, *O Código de Hammurabi* cit., p. 45.

³²⁶ E. BOUZON, *O Código de Hammurabi* cit., p. 222.

*Esagila, o templo cujos fundamentos são tão firmes como o céu e a terra, para proclamar as leis do país, para fazer direito aos oprimidos, escrevi minhas preciosas palavras em minha estela e coloquei-a diante de minha estátua de rei da justiça.*³²⁷

No epílogo encontram-se também elementos mais expressos em relação ao desejo de que o Código fosse efetivamente uma referência de justiça para as gerações futuras, como na seguinte passagem:

“Por ordem de Šamaš, o grande juiz do céu e da terra, possa minha justiça manifestar-se no país, pela palavra de Marduk, meu Senhor, possam meus estatutos não ter opositor, possa o meu nome ser pronunciado para sempre com honra na Esagila que eu amo.”³²⁸

No conselho aos súditos:

*“Que o homem oprimido, que está implicado em um processo venha diante da minha estátua de rei da justiça, leia, atentamente, a minha estela escrita e ouça minhas palavras preciosas. Que minha estela resolva sua questão, ele veja o seu direito, o seu coração se dilate!”*³²⁹

E também aos futuros reis:

“Que nos dias futuros, para sempre, um rei que surgir no país observe as palavras de justiça que escrevi em minha estela, que

*ele não mude a lei do país que eu promulguei, as sentenças do país que eu decidi, que ele não altere os meus estatutos! Se esse homem tem inteligência e é capaz de dirigir em paz o seu país, que atenda para as palavras que escrevi em minha estela, e que a estela lhe mostre o caminho, a direção, a lei do país que eu promulguei e as sentenças do país que eu decidi, que ele dirija na justiça os cabeças-pretas, que ele promulgue o seu direito, que ele proclame as suas sentenças, que ele assegure o bem-estar de seu povo. (...) Se esse homem respeitar as minhas palavras que escrevi em minha estela, não rescindir a minha lei, não revogar minhas palavras e não alterar os meus estatutos, esse homem (será) como eu um rei de justiça. Que Šamaš alongue o seu cetro, que ele apascente o seu povo na justiça.”*³³⁰

A essa recomendação se segue um conjunto de maldições para aqueles reis que não seguirem as palavras da estela,³³¹ o que parece ser feito no intuito de assegurar o seu cumprimento futuro sob a ameaça da sanção divina, nada desprezível num contexto histórico em que a religião tinha certamente um grande peso sobre a atuação dos homens.

A própria iconografia da estela em que foi registrado o Código de Hammurabi evidencia a ideia de que o rei é um representante dos deuses ao estabelecer o direito e a justiça, uma vez que, no topo do

³²⁷ E. BOUZON, *O Código de Hammurabi* cit., p. 222.

³²⁸ E. BOUZON, *O Código de Hammurabi* cit., p. 223.

³²⁹ E. BOUZON, *O Código de Hammurabi* cit., p. 223.

³³⁰ E. BOUZON, *O Código de Hammurabi* cit., pp. 223-224.

³³¹ E. BOUZON, *O Código de Hammurabi* cit., pp. 224-227,

pilar de diorito que contém as normas redigidas por Hammurabi, há uma imagem de Shamash, deus da justiça (ou Marduk, conforme a interpretação), assentado em seu trono, e diante dele, em pé, o rei Hammurabi. Não há um consenso sobre a interpretação precisa da cena, se Shamash está ditando as leis para Hammurabi, se este está oferecendo a Shamash ou se o rei está recebendo o cetro e o anel que são emblemas da construção de templos e da soberania. Mas o fato é que “a mensagem comunicada até mesmo ao iletrado deve ter sido clara: o rei Hammurabi e o deus da justiça, Shamash, juntos, protegem o povo da Babilônia.”³³²

Se as fontes de direito cuneiforme, sobretudo os prólogos e epílogos das coletâneas acima referidas, evidenciam que o

estabelecimento do direito e da justiça era considerado uma tarefa confiada aos reis pelos deuses, resta indagar sobre as formas pelas quais os monarcas a punham em prática.³³³

3.2.2. As formas de implementação do mandato divino

3.2.2.1. A redação de “códigos”

Segundo R. WESTBROOK, a própria redação de um corpo de leis por Hammurabi pode ser considerada uma tentativa de o rei demonstrar que havia cumprido esse mandato, ao estabelecer a equidade na terra, destruir os maus e evitar que os mais fortes oprimissem os mais fracos.³³⁴

³³² M. ROTH, *Law Collections* cit., p. 74: “the iconographie message it communicated to even the illiterate must have been clear: King Hammurabi and the god of justice Shamash together protect the people of Babylonia.”

³³³ Segundo M. REDE, *O “rei de justiça”* cit., p. 141, “Mesmo as intervenções mais mundanas na vida social, como os editos *misharum*, só são concebíveis como um desdobramento da ação do monarca como garantia da ordem cósmica, particularmente no sentido de restaurá-la. Embora o rei mesopotâmico tenha um papel fundamental na manutenção do bom curso do universo, este não se origina nele e o excede. A eficácia e a legitimidade da lei régia fundamentam-se no fato de que ela é a tradução jurídica da vontade divina. Esta, por sua vez, não deixa de corresponder, ao menos parcialmente, ao anseio da sociedade em relação ao papel a ser exercido pelo soberano.” No entanto, pode-se destacar, como faz F. CRÜSEMANN, *A Torá: Teologia e história social da lei do Antigo Testamento*, 4ª ed., Petrópolis, Vozes, 2012, pp. 31-32, que, embora a Torá e as coleções de direito cuneiforme apresentem várias semelhanças de conteúdo, a autocompreensão

quanto à origem das normas é diversa. Enquanto a Torá foi comunicada por YHWH a Moisés no Sinai, tratando-se, portanto, de leis divinas comunicadas por meio de uma figura humana em tempos antigos, os prólogos e epílogos dos livros leis do antigo oriente revelam que se trata da obra de reis humanos, como, por exemplo, as justas sentenças (*dinat misharim*) que Hammurabi proferiu e compilou. Ainda que os monarcas cumpram um encargo divinamente concedido ao estabelecer o direito e a justiça, como já se viu, “as leis concretas e sua literalidade de modo algum chegaram ao rei através de revelação divina. Não se trata de leis divinas, mas de instituições reais. Isso vale para todas as formulações em particular e é destacado com sempre maior consciência. A “ordem correta”, que transparece nessas leis e sua codificação através do rei, não remonta diretamente ao poder dos deuses e também não está submissa ao poderio e à arbitrariedade deles, mas é a instituição real que confere um caráter coercitivo às leis.” (p. 32). Sob um certo ponto de vista, são normas “seculares” (p. 24).

³³⁴ *Olb Babylonian* cit., p. 364.

Quando, em 1902, V. SCHEIL, responsável por decifrar a escrita contida na estela que contém as leis de Hammurabi, publicou sua tradução, classificou a obra como um Código de Leis, o que estabeleceu uma espécie de precedente seguido pelos historiadores do direito, como é o caso de P. KOSCHAKER, para quem as prescrições contidas na estela eram leis e representavam uma codificação e reforma do direito vigente.³³⁵

No entanto, assim como ocorre com as demais coleções de direito cuneiforme conhecidas, não se pode classificar a estela de Hammurabi como um verdadeiro código na acepção moderna do termo, já que contém apenas um pequeno número de disposições sobre questões bastante específicas, deixando de fora vários temas que certamente conheciam algum tipo de regulamentação, não sendo uma exposição sistemática e completa do direito ou de uma parte deste, o que parece ser um fenômeno bastante recente na história.³³⁶

Além disso, não parece que tais “Códigos” consistissem em inovações do

direito vigente, mas sim em compilações das regras existentes, as quais, aliás, não se pode qualificar necessariamente como leis, mas, como diz o próprio epílogo do Código de Hammurabi, *dinat misharim*, julgamentos justos e exemplares proferidos pelo rei, posteriormente formulados pelos escribas em proposições gerais a meio caminho entre o concreto e o abstrato e compilados em listas (assim como ocorria com outros ramos do saber, como as coleções de presságios) segundo uma ordenação por temas e associação de ideias, mais do que um plano sistemático propriamente dito.³³⁷

Deve-se destacar, no entanto, que o Código de Hammurabi é mais que uma mera recolha de decisões judiciais proferidas pelo rei, uma vez que muitas das disposições ali contidas se originam de coleções de direito cuneiforme mais antigas, nas quais os escribas se inspiram,³³⁸ assim como das variações elaboradas pelos próprios escribas a partir do caso original.³³⁹

O fato de que o Código de Hammurabi e os demais “códigos” de direito cuneiforme conhecidos são obras das escolas

³³⁵ E. BOUZON, *Origem e natureza das coleções do direito cuneiforme*, in *Revista Justiça e História* v.2. n.3 (2002), p. 12; *O Código de Hammurabi*, 4ª ed., Petrópolis, Vozes, 1987, p. 24.

³³⁶ J. GILISSEN, *Introdução* cit., p. 61; E. BOUZON, *O código de Hammurabi* cit., p. 25, e *Origem e natureza* cit., p. 12.

³³⁷ J. GILISSEN, *Introdução* cit., p. 61; R. WESTBROOK, *Introduction* cit., p. 18; E. BOUZON, *Origem e natureza* cit., pp. 14-15.

³³⁸ E. BOUZON, *O Código de Hammurabi* cit., p. 27. No mesmo sentido, D. CHARPIN, *Le statut des “codes de lois” des souverains babyloniens*, in P. SINEUX (ed.), *Le législateur et la loi dans l'Antiquité. Hommage à Françoise Ruzé*, Caen, 2005, p. 94, que menciona o exemplo do §180 do Código de Hammurabi, segundo ele, inspirado no § 22 das Leis de Lipit Ishtar.

³³⁹ D. CHARPIN, *Le statut* cit., pp. 9708, que cita como exemplo de variações sobre o mesmo caso os §§ 17-20 do CH; E. BOUZON, *O Código de Hammurabi* cit., p. 28, nt. 80.

de escribas, a partir de uma coletânea de “jurisprudência”, levou alguns autores a lhes atribuir o caráter de um mero exercício escolástico e intelectual, negando-lhe até mesmo seu valor normativo.³⁴⁰

Essa negativa se baseia, além do caráter literário da obra, também no fato de que não há indícios de sua aplicação na prática jurídica, conhecida por meio de milhares de documentos encontrados, mas nos quais não há referência ao conteúdo do código.³⁴¹ Outro argumento viria do caráter propagandístico de tais códigos, já que, para alguns, a forma monumental em que foi encontrada a estela, demonstraria que o Código de Hammurabi (como o prólogo e o epílogo deixariam claro) se insere no gênero das inscrições reais destinadas a fazer a apologia do rei e indicar à opinião pública que

ele havia cumprido seu mandato divino de forma completa. Segundo essa visão, a coleção serviria no máximo como um guia ou ideal em que os juízes se espelhariam, sem força vinculante.³⁴²

Em favor da “vigência” do Código de Hammurabi, contudo, pode-se argumentar, em primeiro lugar, que o fato de ser ele um fruto da elaboração dos escribas, a partir das decisões tomadas pelo rei e dos casos tradicionais de direito costumeiro, não impede que Hammurabi tenha se valido desse trabalho para estabelecer um padrão a ser seguido por juízes, pelos reis futuros e pelos próprios particulares, como demonstram as passagens do prólogo e do epílogo citadas no item anterior.³⁴³

Além disso, segundo D. CHARPIN, não há por que duvidar que Hammurabi

³⁴⁰ S. DÉMARE-LAFONT, *Nouvelles donées* cit., p. 494.

³⁴¹ S. J. CLAASSENS, *The so-called “Mesopotamian law codes”. What's in a name?*, in *Journal for Semitics* 19/2 (2010), p. 467; R. WESTBROOK, *Introduction* cit. p. 19, para quem o argumento do silêncio, que deve ser normalmente visto com cautela, é forte nesse caso, tendo em vista o contraste com evidências da mesma época relativas à aplicação de atos legislativos conhecidos, como os decretos reais. Segundo ele, no entanto, esse silêncio vale somente para o segundo e terceiro milênios a.C., pois a partir do século VII a.C. em diante, há uma mudança na forma com que as fontes se referem aos códigos.

³⁴² R. WESTBROOK, *Introduction* cit., pp. 18-19, E. BOUZON, *O Código de Hammurabi* cit. p. 28, para quem é difícil “atribuir a uma composição com tais características a função de norma válida para todas as regiões do reino de Hammurabi.”, e S. J. CLAASSENS, *The so-called* cit., p. 469 e ss., com indicação dos autores proponentes dessa teoria. Segundo D. CHARPIN, *Le statut* cit., p.

101, a ideia de que o intuito era meramente propagandístico se apoia na dificuldade de consulta ao Código de Hammurabi, em razão da disposição do texto na estela de Susa, em que não há subdivisões e até mesmo o prólogo e epílogo não são explicitamente separados das leis.

³⁴³ A. R. DOS SANTOS, *Social order in Mesopotamia*, in *Cadmo. Revista de História Antiga* 18 (2008), p. 36, afirma que o Código expressa uma visão do monarca ideal, pois, ainda que seja o fruto do trabalho da ciência jurídica, mais do que um ato legislativo puro e simples, “*it is also the expression of a political ideal where that justice should occupy the first place. In the «code» the king, in its prologue and in its epilogue, wanted to teach the practice of justice.*” Para J-L SKA, *O direito de Israel no Antigo Testamento*, in F. MIES (org.), *Bíblia e direito: o espírito das leis*, São Paulo, Loyola, 2006, p. 33, “os códigos entram nos “arquivos” ou bibliotecas reais porque testemunham a vontade dos soberanos em fazer obra de justiça orgânica e durável.”

efetivamente desejasse que seu “código” se difundisse e fosse consultado (apesar da dificuldade já mencionada), intenção essa inferida a partir da existência de outros fragmentos de pedra do código, o qual seria como que um meio de se ter acesso a um rei justo, impossibilitado de estar presente a todo momento nos territórios dominados.³⁴⁴

O mesmo autor aduz ainda, em favor da normatividade do código, a existência de referências a ele em diversas cartas reais, inclusive uma de autoria do sucessor de Hammurabi, Samsu-Iluna, em que se veria a aplicação do § 273 do Código. Além disso, afirma que, embora os exemplos de aplicação expressa sejam raros, o mesmo acontece com os editos reais, indiscutivelmente tidos como fonte de direito, o que mitigaria de certa forma a força do argumento do silêncio mencionado acima, inclusive quando se realiza a comparação com o fenômeno da adivinhação: assim como os juízes não citam o código ao decidir, os adivinhos jamais citam alguma recolha de presságios, o que não significa que não recorressem a ela para decidir.³⁴⁵

Por fim, pode-se argumentar que o inegável intuito propagandístico das coleções

de direito cuneiforme (Ur-Nammu, Lipit-Ishtar, Eshnunna e Hammurabi) não exclui seu valor normativo, não havendo razões para optar por apenas um aspecto da realidade na interpretação do fenômeno histórico.

Mas a afirmação de que tais códigos tinham autoridade como fonte de direito e ostentavam certa força normativa não significa dizer que eram “aplicados” da mesma forma com que hoje aplicamos uma lei.

R. WESTBROOK,³⁴⁶ tratando da questão da autoridade das coleções de direito cuneiforme, oferece uma visão mais refinada sobre a forma como elas atuavam no raciocínio dos “aplicadores” do direito. Segundo ele, ao contrário do que ocorria na Grécia ou em Roma, os responsáveis pelo direito (juízes, oficiais do rei ou mesmo as partes) não raciocinavam a partir da leitura de uma fonte normativa expressa como fazemos hoje.³⁴⁷

Eles não se engajavam na interpretação das palavras de um texto, pois este não era visto nem como algo autônomo em relação à vontade do rei nem como algo exaustivo, fosse ele um contrato, um decreto ou uma coleção de regras jurídicas como o

³⁴⁴ *Le statut cit.*, p. 101. Para o autor, “*l’étendue des territoires conquis par Hammu-rabi à la fin de son règne ne lui permettait plus d’être accessible en personne: c’est alors qu’il eut recours à l’écrit pour continuer de remplir le devoir de justice que les dieux lui avaient confié*”, dever esse que era comum aos reis mesopotâmicos.

³⁴⁵ D. CHARPIN, *Le statut cit.*, pp. 104-105.

³⁴⁶ *Introduction cit.*, pp. 19-20.

³⁴⁷ Cabe salientar que, mesmo em Roma, o raciocínio jurídico apresenta conotações mais elaboradas do que a simples referência a um texto escrito.

Código de Hammurabi. Isso se dava segundo o autor, porque à “ciência” mesopotâmica faltavam dois fatores vitais: a definição de conceitos abstratos e a categorização vertical. Ela era, na verdade, uma “ciência de listas”, a concatenação de exemplos intermináveis agrupados sugestivamente, mas incapaz de dar um retrato exaustivo do tema, o que explica a natureza casuística dos códigos.

Assim sendo, do mesmo modo que o código não era exaustivo, nenhum texto em particular poderia ser uma declaração completa de uma regra, mesmo se tivesse a forma de uma ordem peremptória, pois o modo de pensar era por meio de exemplos e não por princípios. E, sem a definição de seus termos, a aplicação de uma regra era feita de forma aproximada, por analogias e inferências, ou associações de caráter mais fraco.

Nesse contexto, e como a maioria do direito ainda era de origem costumeira, a importância dos “códigos” era a de intelectualizar essa massa amorfa de regras, objetivando a experiência na forma de casos individuais, cujo escopo podia ser ampliado por analogia. Assim, criavam uma massa de

paradigmas que, compilados em sequência, poderiam, se não expressar, ao menos sugerir certos princípios jurídicos subjacentes. Os códigos, portanto, não davam às cortes um texto a ser interpretado, mas uma fonte de sabedoria a ser explorada.³⁴⁸ Não se sabe se eram apresentados diretamente aos juízes nos casos concretos ou se os influenciavam indiretamente como parte do conhecimento que se esperava de pessoas cultas, mas, como quer que fosse, “eles ofereciam às cortes de seu tempo e aos governantes um meio termo entre um senso vago de justiça e regras mecânicas.”³⁴⁹

O que o autor parece afirmar não é que tais coleções não tivessem autoridade alguma como fonte de direito, mas apenas que sua utilização se dava segundo uma lógica diversa da interpretação semântica ou mesmo da subsunção, surgindo suas disposições como *exempla* em que os juízes se baseariam para decidir.

Assim, com a compilação de tais regras, ao rememorar as boas soluções passadas e estabelecer um padrão de norma justa com a qual os “aplicadores” poderiam raciocinar, os reis mesopotâmicos

³⁴⁸ E. BOUZON, *O Código de Hammurabi* cit., p. 28, afirma que o Código tem um valor paradigmático, moral, pondo-se como exemplo de sentenças justas para o cidadão e para os futuros reis.

³⁴⁹ R. WESTBROOK, *Introduction* cit., pp. 21-22: “they offered contemporary courts and rulers a middle ground between a vague sense of justice and mechanical rules.” Também D. C. MOROLLI, *Note sul “diritto” nel Vicino Oriente Antico*,

ovvero I “Codici” mesopotamici tra “fragmenta iuris” e “ordenamento”, in *Iura Orientalia* I/1 (2005), p. 60, ressalta o fato de que as disposições contidas na estela de Hammurabi eram uma referência para a prática do direito, mas eram “aplicadas” de um modo diferente do atual. A mesma ideia é apresentada por S. DÉMARE-LAFONT, *La valeur de la loi dans les droits cuneiformes*, in *Archives de philosophie du droit* 32 (1987), pp. 335-346.

contribuíam para o estabelecimento do binômio *kittum/mîsharum*, ainda que não fosse este o único meio pelo qual atuavam, como se verá a seguir.

3.2.2.2. A atividade judicante

Como demonstra o texto da Carta de Mari, endereçada ao rei Zimrí-Lîm, antes mencionada, a missão divina de promover a justiça era cumprida pelos reis também em sua atividade judicante, que exerciam diretamente ou por meio dos oficiais enviados às diversas partes do reino. Na qualidade de juiz, o rei constituía o tribunal mais elevado, onde, tomando assento sozinho, podia julgar casos em primeira instância ou em grau de “apelação”, tratando dos casos que lhe chegassem de três maneiras: a) julgando sozinho; b) decidindo a questão de direito e remetendo o caso à corte

local para apreciação dos fatos; c) remetendo o caso como um todo para a corte local.³⁵⁰

Nas Leis de Eshnunna, casos punidos potencialmente com a pena de morte eram reservados ao rei.³⁵¹ O adultério era tido de certa forma como competência do rei no Código de Hammurabi,³⁵² cujas cartas o mostram lidando até mesmo com casos menores, como disputas entre particulares (propriedade e contrato), sem que se saiba exatamente com base em que ele avocava tais processos, se pela dificuldade do assunto, o status das partes ou a presença de um interesse do monarca.³⁵³

Segundo H. HU, contudo, os prólogos e epílogos mostram que a administração da justiça não se limitava à justiça efetivada em tribunais, mas se estendia a toda e qualquer esfera da administração do reino. E o intuito do rei em participar dessas várias esferas fica claro na correspondência de Hammurabi, que demonstra como ele

³⁵⁰ H. HU, *Codes cit.*, p. 84, e R. WESTBROOK, *Old Babylonian cit.*, pp. 366-367, que ressalta a inexistência de uma hierarquia estabelecida de cortes ou mesmo um sistema formal de apelação, sendo certo que as partes insatisfeitas recorriam ao rei por meio de petições, que versavam não somente sobre casos litigiosos, mas também sobre abusos de autoridade por parte dos oficiais do rei. Sobre o exercício da judicatura pelo rei mesopotâmico, confira-se S. DÉMARE-LAFONT, *Nouvelles donées cit.*, pp. 497-500 e, da mesma autora, *Le juge biblique cit.*, p. 29.

³⁵¹ § 48. “Além disso: em uma causa (que implique a aplicação de uma compensação) de 1/3 de mina até uma mina de prata, os juízes julgarão a causa. Mas um processo de vida (pertence) ao rei.” Tradução de E. BOUZON, *Uma coleção cit.*, p. 149.

³⁵² § 129. “Se a esposa de uma awilum foi surpreendida dormindo com um outro homem,

eles os amarrarão e os lançarão n’água. Se o esposo deixa viver sua esposa, o rei, também, deixará viver seu servo.” Tradução de E. BOUZON, *O Código cit.*, p. 139.

³⁵³ R. WESTBROOK, *Old Babylonian cit.*, p. 367. Para H. HU, *Codes cit.*, p. 84, as cartas de Hammurabi mostram que as afirmações contidas no prólogo não são mera retórica, mas refletem um projeto verdadeiro de exercício do poder real: “Admittedly, the king’s diligent participation in state administration could have resulted in the establishment and improvement of a judicial system on the one hand, and in the enhancement of the quantity and function of written law on the other. The encouragement to seek relevant laws for just protection in the epilogue might have genuinely expressed the intention of the king for the codification.”

buscou criar uma rede eficiente de administração: no nível nacional, recrutou oficiais para lidar com casos mais sérios e fiscalizar a administração local, evitando a corrupção judicial; no nível local, designava juízes para as cidades e assim, subtraía aos templos o exercício da jurisdição, num processo de centralização e “secularização”. Também outros reis da Mesopotâmia demonstraram esse mesmo nível de participação na administração, o que indica que o desempenho da função judicial era tido como um traço característico do poder real.³⁵⁴

3.2.2.3. Os editos de remissão de dívidas

Seguindo um costume que remonta ao início do período dinástico (como se viu com as “reformas” de Urukagina), os reis babilônicos promulgavam editos de “justiça” ou “equidade” (*misharum*) no início de seu reinado e em intervalos regulares, efetuando a remissão de dívidas e outras obrigações,

assim como a reversão de terras para seus proprietários originais.³⁵⁵

Um destes é o Edito de Ammisaduqa, décimo rei da dinastia de Hammurabi (1646-1626), no qual, como uma espécie de resumo das medidas tomadas, faz-se referência, dentro da longa tradição da monarquia mesopotâmica, ao comissionamento divino para o estabelecimento da justiça:

“Ammisaduqa, o rei, após Enlil ter magnificado seu nobre senhorio, como Shamash, levantou-se com prontidão em seu país e instituiu justiça para todo seu povo (ano 1 de Ammisaduqa) – porque o rei invocou *mîsharum* (a equidade) para a terra.”³⁵⁶

Como se percebe, portanto, também para medidas concretas e tendentes a derogar normas gerais e restabelecer o equilíbrio das relações sociais, era invocado o papel do rei como representante dos deuses em sua missão de promover a equidade (*mîsharum*), na terra dos viventes.

³⁵⁴ *Codes* cit., pp. 82-84. Sobre a correspondência de Hammurabi com seus subordinados, confira-se E. BOUZON, *As Cartas de Hammurabi*, Petrópolis, Vozes, 1986. Sobre um “rescrito” de Samsu-Iluna, sucessor de Hammurabi, veja-se S. DÉMARE-LAFONT, *Nouvelles donées* cit., pp. 494-496.

³⁵⁵ J. J. FINKELSTEIN, *The Edict of Ammisaduqa*, in J. B. PRITCHARD (ed.), *Ancient Near Eastern Texts Relating to the Old Testament*, 3ª ed, Princeton, Princeton University, 1969, p. 526; S. DÉMARE-LAFONT, *Nouvelles donées* cit., p. 492. Para uma descrição detalhada do contexto econômico-social e do conteúdo de tais editos ou

decretos, veja-se, M. REDE, *O “rei de justiça”* cit., p. 138, que alerta, ainda, para o perigo de projetar em tais medidas algum conceito moderno de “justiça social”, uma vez que a equidade ali promovida deve ser entendida nos termos da própria cultura mesopotâmica (p. 139).
³⁵⁶ Tradução a partir do inglês, de J. J. FINKELSTEIN, *The Edict* cit., p. 526: “*Ammisaduqa the king, Enlil having magnified his noble lordship, like Shamash (Text A) he rose forth in steadfastness over his country, and instituted justice for the whole of his people (= year 1 of Ammisaduqa) - because the king has invoked the misharum for the land.*”

3.3. A missão divina dos reis como fator de limitação do poder monárquico

Se, por um lado, havia contrapesos ao poder monárquico por parte das elites palacianas e urbanas, ou das estruturas comunais, como assembleias e conselhos das cidades,³⁵⁷ também a influência religiosa na concepção da monarquia, que se apresentou até aqui, pode ser considerada, de algum modo, como uma limitação a esse poder.

R. WESTBROOK afirma que o rei não era um monarca absoluto e, embora não respondesse a nenhum tribunal humano, estava sujeito ao julgamento dos deuses. Assim é que, se falhasse em cumprir o mandato que lhe fora dado por eles, poderia ocorrer punição divina, não somente na pessoa do rei, mas também sobre todo seu reino. Além desse julgamento divino, um mau comportamento do rei poderia legitimar, retrospectivamente, a rebelião ou usurpação do trono.³⁵⁸

Além disso, como adverte M. REDE, a própria concepção do rei como alguém

encarregado pelos deuses da missão de estabelecer justiça, no duplo aspecto de *kittum* e *mîsharum*, de manutenção da ordem e realização da equidade ou restabelecimento do equilíbrio das relações sociais, por meio de medidas pontuais como remissões de dívidas, não confere ao monarca apenas prerrogativas, mas obrigações e, assim, pode funcionar como um limite ao exercício de sua autoridade.

Ou seja, o rei é comissionado para uma missão específica e, de certo modo, tal encargo de estabelecer justiça implica limites à sua atuação, dentro dos quais ele é reconhecido pela comunidade como autoridade legítima. E, embora não se possa descartar a existência de relações reais de opressão,³⁵⁹ “a imagem do “rei de justiça” não pode ser reduzida a um mecanismo de escamoteação, de mascaramento das tiranias do poder”, correspondendo, “ao menos parcialmente, ao anseio da sociedade em relação ao papel a ser exercido pelo soberano”,³⁶⁰ com base no qual ele é julgado, ainda que apenas moralmente.

³⁵⁷ M. REDE, *O “rei de justiça”* cit., p. 135; S. DÉMARE-LAFONT, *Nouvelles donées* cit., p. 477, segundo quem a hipótese de uma monarquia absoluta, comumente associada a um poder abusivo e opressivo, deve ser reconsiderada à luz do papel exercido pelas assembleias populares das cidades, sobretudo a dos anciãos, que funciona como contrapeso à autoridade do rei e exerce o poder durante a vacância do trono.

³⁵⁸ *Introduction* cit., p. 26.

³⁵⁹ Esta é a ênfase de C. ZACCAGNINI, *Sacred and Human Components in Ancient Near Eastern Law*, in *History of Religions* 33 (1994), pp. 265-286, para quem o “bom pastor” é, muitas vezes,

o responsável pela situação de penúria em que o povo se encontra, sendo a imagem do rei de justiça mais uma construção ideológica palaciana, uma superestrutura utilizada para evitar convulsões sociais.

³⁶⁰ M. REDE, *O “rei de justiça”* cit., pp. 140-141. S. DÉMARE-LAFONT, *Nouvelles donées* cit., pp. 489-490, comentando o texto da carta de Mari já mencionado, em que se afirma que o rei foi ungido por Addu, destaca que essa concepção não era mera propaganda oficial, já que se tratava de uma carta enviada ao rei e não de um texto oficial redigido para fins propagandísticos.

CONCLUSÃO

A análise da relação entre a religião e a monarquia na mesopotâmia, assim como sua expressão nas fontes de direito cuneiforme, revela uma imagem do poder monárquico bastante nuançada, em que o rei é tido não como um déspota ou monarca absoluto, mas como um ser humano escolhido pelos deuses para uma missão dotada de grande responsabilidade, estabelecer o direito e a justiça na terra.

Para o desempenho desse encargo, o rei se vale de diversos mecanismos, desde a compilação de normas jurídicas em forma casuística, até o exercício da atividade judicante, diretamente ou por meio de terceiro, ou a promulgação de editos de remissão de dívidas, apresentando-se como o “rei de justiça” que restabelece o equilíbrio e traz libertação e paz a seu povo.

Com base nesse encargo divino é que o rei é legitimado, mas também julgado, não apenas pelo povo, que projeta nele seus anseios de justiça, mas, segundo a compreensão presente nos textos, pelos próprios deuses que o comissionaram.

Ainda que se possa dizer que se trata da autocompreensão derivada do próprio palácio em suas proclamações propagandísticas, não se pode descartar, como se viu, a existência de uma aceitação

social dessa imagem e desse papel do monarca como “rei de justiça”.

A origem divina da monarquia, assim, não confere ao monarca apenas direitos ou prerrogativas, mas também deveres, demonstrando que a interação entre o elemento religioso e jurídico pode funcionar não apenas como eco legitimador das escolhas do soberano, mas também como instância crítica do poder.

BIBLIOGRAFIA

BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola, e PASQUINO, Gianfranco, *Dicionário de Política I*, 11ª ed., Brasília, UNB, 1998.

BOUZON, Emanuel, *As Cartas de Hammurabi*, Petrópolis, Vozes, 1986.

_____, *O Código de Hammurabi*, 74ª ed., Petrópolis, Vozes, 1999.

_____, *Origem e natureza das coleções do direito cuneiforme*, in *Revista Justiça e História* v.2. n.3 (2002), pp. 1-31.

_____, *Uma coleção de direito babilônico pré-hammurabiano: leis do Reino de Ešnunna. Introdução. Texto cuneiforme em transcrição. Tradução do original cuneiforme e Comentários*, Petrópolis, Vozes, 2001.

CHARPIN, Dominique, *Le statut des “codes de lois” des souverains babyloniens*, in SINEUX, Pierre (ed.), *Le législateur et la loi dans l'Antiquité. Hommage à Françoise Ruzé*, Caen, 2005, pp. 93-108.

CLAASSENS, Susandra J., *The so-called “Mesopotamian law codes”*. *What's in a*

- name?, in *Journal for Semitics* 19/2 (2010), pp. 481-498.
- CRÜSEMANN, Frank, *A Torá: Teologia e história social da lei do Antigo Testamento*, 4ª ed., Petrópolis, Vozes, 2012.
- DÉMARE-LAFONT, Sophie, *La valeur de la loi dans les droits cuneiformes*, in *Archives de philosophie du droit* 32 (1987), pp. 335-346.
- _____, *Nouvelles données sur la royauté mésopotamienne*, in *Revue historique de droit français et étranger* 73 (1995), pp. 473-500.
- DE VAUX, Roland, *Instituições de Israel no Antigo Testamento*, São Paulo, Vida Nova, 2004.
- DOOYEWEERD, Herman, *No crepúsculo do pensamento: Estudos sobre a pretensa autonomia do pensamento filosófico*, São Paulo, Hagnos, 2010.
- FINKELSEIN, J.J., *The Edict of Ammisaduqa*, in PRITCHARD, James B. (ed.), *Ancient Near Eastern Texts Relating to the Old Testament*, 3ª ed, Princeton, Princeton University, 1969.
- FRANKFORT, Henri, *Kingship and the Gods. A Study of Ancient Near Eastern Religion as the Integration of Society & Nature*, University of Chicago, 1978 (Phoenix Edition).
- GAUDEMET, Jean, *Les institutions de l'Antiquité*, 4ª ed., Paris, Montchrestien, 1994.
- GILISSEN, John, *Introdução histórica ao direito*, 4ª ed., Lisboa, Calouste-Gulbenkian, 2003.
- GIORDANI, Mário Curtis, *História da Antiguidade Oriental*, 15ª ed., Petrópolis, Vozes, 2012.
- GITTON, Michel, *A criação do mundo nos textos egípcios (Apresentação)*, in. VV. AA., *A Criação e o Dilúvio: segundo os textos do Oriente Médio Antigo*, São Paulo, Paulus, 1990.
- HU, Huiping, *Codes as Constitution: The Development of the Biblical Law-Codes from Monarchy to Theocracy*, Durham theses, Durham University.
- JONES, Philip, *Divine and Non-Divine Kingship*, in SNELL, Daniel (ed.), *A companion to the Ancient Near East*, Oxford, Blackwell, 2005, pp. 330-342.
- KOYZIS, David, *Visões e ilusões políticas: uma análise e crítica cristã das ideologias contemporâneas*, São Paulo, Vida Nova, 2014.
- LAFONT, Sophie, *Le juge biblique*, in CARBASSE, Jean-Marie et al., *La Conscience du juge dans la tradition juridique européenne*, Paris, PUF, 1999, pp. 19-48.
- MACHADO, Jónatas E. M., *Estado constitucional e neutralidade religiosa: entre o teísmo e o (neo)ateísmo*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2013.
- MOLINA, Manuel, *Las "reformas" de Urukagina*, in *Antigedad y Cristianismo* 12 (1995), pp. 47-80.
- MOROLLI, Danilo Ceccarelli, *Note sul "diritto" nel Vicino Oriente Antico, ovvero I "Codici" mesopotamici tra "fragmenta iuris" e "ordenamento"*, in *Iura Orientalia* I/1 (2005), pp. 45-67.
- OELSNER, Joachim, WELLS, Bruce, e WUNSCH, Cornelia, *Neo-Babylonian Period*, in WESTBROOK, Raymond (ed.), *A history of ancient Near Eastern law. Vol. 1*, Leiden-Boston, Brill, 2003, pp. 911-974.
- PRITCHARD, James B. (ed.), *Ancient Near Eastern Texts Relating to the Old Testament*, 3ª ed, Princeton, Princeton University, 1969.
- RADNER, Karen, *Neo-Assyrian Period*, in WESTBROOK, Raymond (ed.), *A history*

of ancient Near Eastern law. Vol. 1, Leiden-Boston, Brill, 2003, pp. 883-910.

REDE, Marcelo, *O “rei de justiça”*: soberania e ordenamento na antiga Mesopotâmia, in *PHOÏNIX* 15-1 (2009), pp. 135-146.

ROCHBERG, Francesca, *Mesopotamian Cosmology*, in SNELL, Daniel (ed.), *A companion to the Ancient Near East*, Oxford, Blackwell, 2005, pp. 316-329.

ROTH, Martha T., *Law Collections from Mesopotamia and Asia Minor*, Atlanta, Scholars Press, 1995.

SANTOS, António Ramos dos, *Social order in Mesopotamia*, in *Cadmo. Revista de História Antiga* 18 (2008)

SEUX, Marie-Joseph, *A criação e o dilúvio nos textos mesopotâmicos (Apresentação)*, in VV. AA., *A Criação e o Dilúvio: segundo os textos do Oriente Médio Antigo*, São Paulo, Paulus, 1990.

SKA, Jean-Louis, *O direito de Israel no Antigo Testamento*, in MIES, François (org), *Bíblia e direito: o espírito das leis*, São Paulo, Loyola, 2006, pp. 17-46.

SLANSKI, Kathryn, *Middle Babylonian Period*, in WESTBROOK, Raymond (ed.), *A history of ancient Near Eastern law. Vol. 1*, Leiden-Boston, Brill, 2003, pp. 485-520.

TAYLOR, Charles, *Uma era secular*, São Leopoldo, Unisinos, 2010.

WESTBROOK, Raymond, *Introduction: the character of Ancient Near Eastern Law*, in WESTBROOK, Raymond (ed.), *A history of ancient Near Eastern law. Vol. 1*, Leiden-Boston, Brill, 2003, pp. 1-90.

_____, *Old Babylonian Period*, in WESTBROOK, Raymond (ed.), *A history of ancient Near Eastern law. Vol. 1*, Leiden-Boston, Brill, 2003, pp. 361-430.

WILCKE, Claus, *Early Dynastic and Sargonic Periods*, in WESTBROOK, Raymond (ed.), *A history of ancient Near Eastern law. Vol. 1*, Leiden-Boston, Brill, 2003, pp. 141-182.

ZACCAGNINI, Carlo, *Sacred and Human Components in Ancient near Eastern Law*, in *History of Religions* 33 (1994), pp. 265-286.

Revistas:

REVISTA DE DIREITO CIVIL – FADIPA, disponível em <https://revistas.anchieta.br/index.php/RevistaDirCivil/issue/archive>